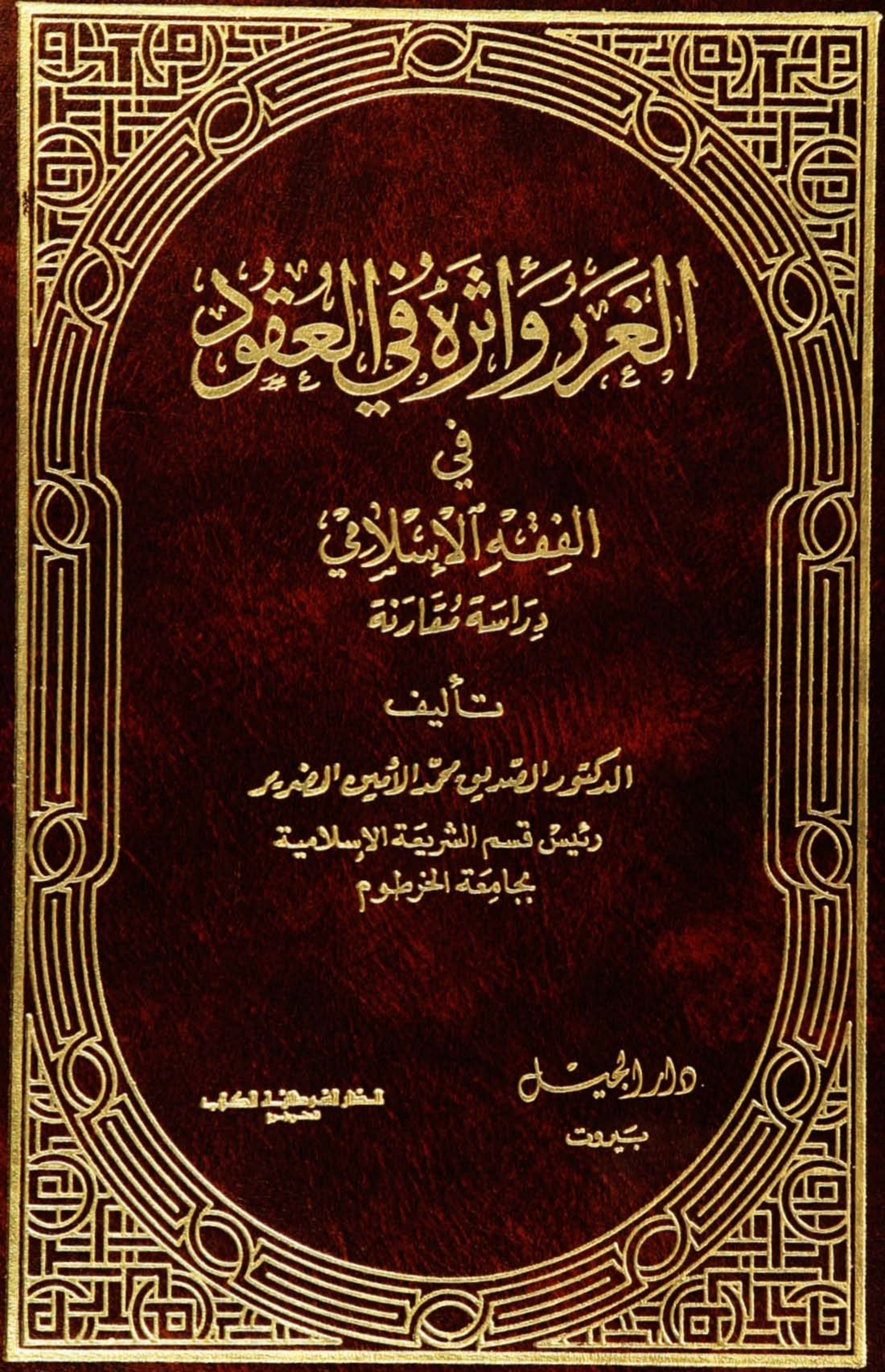

الغرر وأثره في العقود
في
الفقه الإسلامي
دراسة مقارنة
تأليف
الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير
رئيس قسم الشريعة الإسلامية
بجامعة الخرطوم
دار الجيل
بيروت


الغرر وأثره في العقود

الغرر وأثره في العقود

في

الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة

تأليف

الدكتور الصدّيق محمّد الأمين الضرير

رئيس قسم الشريعة الإسلامية

بجامعة الخرطوم

الدار السودانية للكتب

الخرطوم

دار الجيل

بيروت

الطبعة الثانية
١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.

بسم الله الرحمن الرحيم

يَأَيُّها الَّذينَ آمنُوا لا تَأْكُلُوا أمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالبَاطِلِ إلاَّ أنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُم .

قرآن كريم

* * *

روى الثقات عن جمع من الصحابة : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نَهَى عَنْ بَيْعِ الغَرَرِ .

حديث شريف

* * *

قواعد المعاملات أربع :

قوله تعالى : وَلاَ تَأْكُلُوا أمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالبَاطِلِ .

قوله تعالى : وَأَحَلَّ اللهُ البَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا .

أحاديث الغرر .

اعتبار المقاصد والمصالح .

ابن العربي

بسم الله الرحمن الرحيم

تصــــدير

من الأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور

رئيس قسم الشريعة الإسلامية بكلية حقوق جامعة القاهرة

نحمد الله سبحانه أكمل لنا ديننا، وأتم نعمته علينا، ورضى لنا الإسلام دينًا، ووفقنا إلى أن نكون من جنوده العاملين على خدمة الشرع، والمجاهدين جهد طاقتنا فى وقف الناس على تعاليمه، وتبصيرهم بأسراره، وتوجيههم إليه، ونصلى ونسلم على سيدنا محمد عبده ونبيه الذى أخلص لله فى طاعته، وبين لعباده مايحتاجون إليه لإسعاد حياتهم؛ نزولا على أمر ربه فى قوله جل شأنه «يا أيها الرسول بلغ ما أنزل إليك من ربك»، ومصداقًا لوصف الله له بقوله: «وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم» وهو فى كل هذا كما وصفه الله سبحانه بقوله: «وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحى يوحى» صلى الله عليه وعلى آله وصحابته ومن اهتدوا بهديهم، وساروا على منوالهم ومنهاجهم.

أما بعد فإن شرائع الله سبحانه فى كل الأديان السماوية من مظاهر رحمة الله بعباده ولطفه بهم، إذ لم يتركهم سبحانه ينظّمون حياتهم على مقتضى أفكارهم، وعلى ما تدعو إليه نظريات عقولهم، لأن تلك الأفكار وتلك النظريات كثيراً ما يلتبس فيها الحق بالباطل، نتيجة لتأثرها بالميول والرغبات والأهواء والشهوات، وقد كان من آثار ذلك أن اختلفت وجهات النظر بين المفكرين اختلافًا بعيداً، طالما دعا إلى المشاحنات، وأوقع فى الخصومات؛ لأن الأهواء مختلفة ومتباينة، كل يميل إلى ماينفعه، ويزهد فيما ينفع الآخرين.

فكان من لطف الله بعباده ورحمته بهم أنه لم يكلهم إلى أنفسهم، وإنما

تولى إصلاحهم وتوجيههم بميزان الحكمة والعدالة ، وعلى مقتضى القسطاس المستقيم الذى لو اهتدوا به ، وساروا على نهجه بالدقة ، لما وقع بينهم مشاحنة ولا تأرثت فيهم نيران البغضاء والعداوة ،والذى يبين ذلك حق البيان أن ننظر إلى حال النـاس وهم على غير دين ، أوهم ينتسبون إلى الدين ولا يأخذون بتعاليمه وينحرفون عن نهجه السوى ، كما كان حال الناس فى الجاهلية ، وكما صار إليه حال الناس بعد انحرافهم عن دعوة الأديان وتوجيهاتها الرشيدة ، وينبه إلى ذلك قول الله سبحانه : « واعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا،واذكروا نعمة الله عليكم إذ كنتم أعداء فألف بين قلوبكم فأصبحتم بنعمته إخواناً ،وكنتم على شفا حفرة من النار فأنقذكم منها، كذلك يبين الله لكم آياته لعلكم تهتدون»

قال المفسرون : إن حبـل الله هو القرآن الكريم بمـا أصلح للنـاس فى عقائدهم ، ونهج لهم سلوكهم فى عباداتهم ومعاملاتهم،فبهذا الكتاب، وباتباع نهجه السوى ، وبإحلال حلاله وتحريم حرامه ، وبالسير فى مشاعل هدايته ، تتبدى نعمة الله سبحانه فى العاملين به ، من ائتلاف قلوبهم ، واجتماع كلمتهم ، وتجـلى العمـران فى حيـاتهم ؛ ذلك أنه لا يوجه إلا إلى القسطاس المستقيم ، ولا يدعو إلا إلى الخير والعدالة ، فلله الحمد والمنة على هـذه النعمة العظمى التى أنقذ بها العالم من التخبط والاضطراب فى شئون حياتهم ، ماداموا ينظرون إلى كتابه نظرة الهداية والأخذ بمـا فيه بقوة .

وإن الفقه الإسلامى شطر كبير من هداية هذا الكتاب الكريم ، فقد أخذ الفقه من القرآن زاوية الأحكام التى تتعلق بأفعال المكلفين ، وقد بينها الله فى كتابه سبحانه نصاً أو دلالة،وإن كان لم يستقص جميع جزئيات أفعال العباد ليحكم عليها ، وإنما تناول بعضها بالتنصيص عليه ، وتناول بعضها فى شىء من الإجمال ترك للرسول بيانه ، ثم أمرنا أن نتبع الرسول ، وأن نهتدى بهديه

فيما يبينه من الكتاب ، وفيما يوحى الله به إليه خارج نطاق الكتاب الكريم ، وأمرنا بطاعته وأن نأخذ بما يأتينا به فى قوله : « من يطع الرسول فقد أطاع الله » وفى قوله : « وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا » .

وقد نبهنا الله تعالى ورسوله إلى الاجتهاد والقياس فيما يجد من الأمور مما ليس فيه نص من الكتاب أو السنة ، واشتهر فى هذا المعنى حديث النبى صلى الله عليه وسلم مع معاذ بن جبل حينما بعثه إلى اليمن وقال له : « بم تقضى إن عرض لك قضاء ؟ فقال : بكتاب الله . فقال : فإن لم تجد ؟ قال : فبسنة رسول الله . قال فإن لم تجد ؟ قال : أجتهد رأيى وأقيس . فقال : الحمد لله الذى وفق رسولَ رسولِ الله إلى ما يرضى الله ورسوله . » .

واعتبر هذا الحديث جامعاً للخطوط الرئيسية فى بيان طريق أخذ الأحكام الشرعية ، فكل ما يصل إليه الفقيه والمجتهد من الأحكام الشرعية فهو تحت راية القرآن الكريم ، وأساسه كتاب الله وسنة رسوله .

* * *

وقد تناول الفقهاء فى الأحكام الفقهية أفعال العباد بقسميها ، وهما علاقة العبد مع ربه وعلاقته مع غيره من الكائنات ، وتتمثل علاقة العبد مع غيره فيما يطلقون عليه اسم المعاملات أو العادات ، وقد بحثوها بحثا دقيقا يبين قيمة الإسلام فى نظرته إلى إقامة الحق والعدالة بين الناس بالصراط السوى ، والقسطاس المستقيم ، مما يدل دلالة قاطعة على أن هذا الدين دين الله الذى لا يمكن أن يتطرق إليه شك ، ولا يجرى فيه ريب .

والحق أن الإنسان فى عصوره الأولى ، منذ عرف حيازة الأشياء ، كان يحاول الوصول إليها بكل سبيل يملكه ، ولو بالمشاحنة والمقاتلة ، ثم ارتقى من ذلك فاهتدى إلى التبادل الفورى للأعيان أو المنافع مع التخبط الذى لم يكن

يعصم الناس من الشحناء والمقاتلة ، وإن كان قد خفف منها بعض الشيء ، فلما أشرقت الأديان السماوية على عمل الإنسان كانت أكبر موجه إلى تأليف النفوس، بما دفعت إليه من التعاون ، واحترام الحقوق، والتزام الوفاء بالعهود بين الناس ، وفى القرآن الكريم : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » « وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا » ويقول النبي صلى الله عليه وسلم : « لا إيمان لمن لا أمانة له ولا دين لمن لا عهد له » وفى حديث آخر « أربع من كن فيه كان منافقا خالصا ، ومن كان فيه واحدة منهن كان فيه خصلة من خصال النفاق حتى يدعها » وذكر من هذه الأربع قوله : « وإذا عاهد غدر » ولذا عنى الفقهاء بأمر العقود ، وتوجيه الناس إلى الدقة فى التزام الوفاء بها ، مسايرة لاتجاه الشارع الحكيم الذى يهدف دائما إلى الإبقاء على المودة بين الناس ، وتلاقى نفوسهم على الخير ، وهذا محال أن يتم إلا فى ضوء الوفاء بالعهود ، وتحقيق الالتزام فى جميع العقود .

وهذه ناحية لو أهملت بعض الإهمال لتطرقت الفوضى إلى الناس فى معاملاتهم ، ثم يتسرب إليهم الاختلاف فى نزعاتهم ، وعدم التآلف المنشود فى الشريعة الإسلامية ، ولقد بالغ الشارع فى هذه الناحية إلى حد أن جعل خلف الوعد أيا كان نوعه آية من آيات النفاق ، واعتبره كبيرة من الكبائر يأثم صاحبه إثما عظيما ، هذا لما تحدثه من ثغرات فى المجتمع ، وتعرض كيانه لزلازل الارتباك ، وتكون من عوامل الضعف والهلاك .

* * *

والفقهاء يرون أن العقود أسباب جعلية شرعية للأحكام ، بمعنى أن العاقد بإرادته يكوّن العقد ، أما الحكم المتعلق به كنقل ملكية المبيع من حيز إلى حيز فهو من جعل الشارع وترتيبه ، وليس نتيجة حتمية لإرادة المتعاقدين وحدها ،

فالله تعالى جعل العقد سببا للحكم ، وطريقا يصل بسالكه إلى ما رتبه الشارع على سلوكه من نتائج والتزامات ، وعلى هذا فالربط بين السبب والمسبب تم بصنع الله وإرادته، وهذا حتى لا يبغى بعض الناس على بعض، نتيجة رغباتهم المختلفة التى قد تؤدى إلى الغبن أو الغرر أو التنازع والضغينة .

ولهذا فقد وضع الشارع حدودا لما يشترطه الناس فى عقودهم ، إن التزموها كانت العقود صحيحة والشروط ملزمة باتفاق الفقهاء ، وإذا تجاوزوها كانت لاغية ، وقد تؤثر على العقد نفسه فتبطله ، والفقهاء مختلفون فى فهم الحدود التى وضعها الشارع ، وقد اختلفوا فيما يعتبر شرطا صحيحا أو غير صحيح ، تبعا لتفاوتهم فى فهم حد الشارع .

ومهما يكن فإنه لا خلاف بين الفقهاء فى أن ما يخل بشأن العقد من ناحية إيصاله إلى مقاصد العقود الشرعية محظور شرعاً ، وإن اختلفوا فى تصور الإخلال ، وما يتحقق به ذلك الإخلال .

* * *

والغرر فى أصل معناه اللغوى الخطر ، ويقال غرر بنفسه وبماله عرضهما للهلكة، فالغرر تعريض المرأ نفسه أو ماله للهلاك، وبحث الفقهاء فى غرر العقود يدور حول هذا المعنى. وإن اختلفت عباراتهم واتجاهاتهم فى تحديده، إلا أنه مع هذا ليس كل غرر مؤثرا فى صحة العقد عند الجميع ، والمؤثر اتفاقا هو الغرر الكثير فى عقود المعاوضات المالية ، إذا كان فى المعقود عليه أصالة ، ولم تكن هناك حاجة تدفع إلى إعمال هذا العقد بما فيه من غرر .

وإذا كان الغرر على هذا الوجه كانت فيه مفسدة تدعو إلى حكم الشارع بحظره وتحريمه ، وهو المقصود بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع

الغرر ، وقد بينت السنة النبوية بعض جزئيات من هذا الغرر نص الفقهاء على فساد البيع فيها ، وذكروا جزئيات أخرى تشترك معها فى العلة فقاسوها عليها وحكموا بالفساد ، لتحقق العلة فيها ، فقد نهى النبى عن بيع مافى ضروع الماشية قبل أن تحلب ، وعن الجنين فى بطون الأنعام ، وعن بيع السمك فى الماء ، وعن المضامين وعن الملاقيح ، وعن حبل الحبلة ، وروى عبد الله بن مسعود عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا تشتروا السمك فى الماء فإنه غرر »

ومع ذلك فقد اختلفت نظرات الفقهاء فى بعض جهات الغرر ، وتطبيقها على بعض العقود ، على أنهم تناولوها فى أبواب كثيرة جعلت مسائل الغرر مبعثرة غير مجتمعة ، أحوج مايكون طلاب الفقه إلى جمعها ، ولمّ شتاتها ، فمست الحاجة إلى هذا النمط من الدرس الفقهى والبحث التشريعى ، وكان هذا مما لفت نظر صاحب هذه الرسالة ، فشمر عن ساعد الجد وجال بنظره فى كتب الفقه مختلفة المذاهب والأساليب ، وجمع من بينها بأسلوبه ماحقق به هذه النظرية ، وأوصل به إلى أذهان القراء قواعدها وفروعها وأدلتها لكل فريق من الفقهاء على ماذهب إليه ، فبدأ يعرف بالغرر ويورد بعض ماجاء فيه من نصوص فى الكتاب والسنة ، وبين الفرق بين الغرر والغرور والتغرير ، وما إلى ذلك مما يشتبه به ، على أنه عقد باباً خاصاً للنصوص الواردة وتفسيرها فيما وصل إليه من كتب الأئمة ، ثم بين أثر الغرر فى عقد البيع بخاصة ، وغيره من عقود المعاوضات كذلك ، كما بين أثره فى عقود التبرعات ، وفى عقود أخرى ، كما تعرض لبيان أثر الغرر فى الشروط ، ثم صور الغرر المؤثر والغرر غير المؤثر تصويراً بيناً يلقى ضوءاً واضحاً على نظرة الفقه الإسلامى فيما يفسد العقود من الغرر ومالا يفسدها .

وقد حاول المؤلف جهد طاقته أن يجول فى مذاهب الفقه الإسلامى ، ليعرض

اتجاهات الفقهاء فى كل هذا ، ويقارن بينها ، ويخرج بنتيجة تلقى ضوءاً بينا على شخصيته ومقدار تأثره بدراسة الفقه الإسلامى ، وحاول مع هذا مقارنة الآراء الفقهية أو بعضها بالاتجاهات القانونية فى موضوع الغرر وبذل فى كل ذلك مجهوداً مشكوراً ينبىء عن سعة اطلاع وقدرة على الفهم والاستنباط وتهىء لدراسة الموضوعات الفقهية والوصول فيها إلى نتائج مثمرة .

والمتوفر على دراسة هذه الرسالة يخرج منها لامحالة بثروة فقهية طائلة فى هذا الموضوع ويشعر بأنه يعيش مع شخصية تتصف بالفهم والدقة والأمانة ، والتهيء لعرض ما يريد أن يمارسه من مسائل الفقه أو التشريع عرضا نافعا مثمراً يضيف به إلى مكتبة الفقه الإسلامى جديداً نافعا فى فهمه وبحثه .

ولقد يلفت نظر القارىء أن لهذا المؤلف عناية خاصة وجهداً مشكوراً فى إيراد الأحاديث النبوية ، وتتبعها والبحث عنها فى دفائن كتب الأحاديث بحثا ملموسا فى هذا العرض المشكور ، الذى لا نبالغ إذا قلنا إنه كالمنفرد به من بين واضعى الرسائل ، فهو يبين مظان الأحاديث ومخرجيها مهما تعددوا وبهذا يستحق مزيد شكر وتقدير على تلك العناية التى زادت قيمة رسالته ، وأوسعت دائرة الانتفاع بكتابته ، ولعلى لا أكون مثنيا على نفسى إذا قلت إنه كان لى أثر فى توجيهه إلى هاته الناحية خاصة وإلى ناحية أخرى هى الترجمة للأعلام الذين ورد ذكرهم بالبحث ، وقد استجاب مشكورا إلى تحقيق الأولى ولم يسعفه الوقت إلى تحقيق الناحية الثانية فى هذه الطبعة ، فهاتان الناحيتان يعجبنى أن يعنى بهما جميع المؤلفين وكتاب الرسائل ، لما لهما من أثر فى تحقيق العلم مع توسيع دائرة الثقافة الإسلامية ، ولقد كان ذلك من رأيى أيضا فى توجيه غيره ولكن أحداً لم يحرص ذلك الحرص ، ولم يدقق تلك الدقة فى تخريج الأحاديث التى يلمسها القارىء لهذه الرسالة ، ويشعر بها أثناء سيره مع المؤلف فى دراسة هذا الموضوع .

وأخيرا فليس معنى هذا كله أن هذا المؤلَّف وقد أخرج به صاحبه نظرية جديدة جديرة بالاعتبار والتقدير ، خلا من كل عيب ، وتجرد من كل نقص ومأخذ، ومن منا تسلم كتابته من الزلل ، فالكمال لله وحده ، وطالما ردد الناس فى أمثالهم : لكل جواد كبوة ، ولكل عالم هفوة ، فإذا ماوقف القارىء على بعض الهفوات - ولا أظنها إلا يسيرة إذا ماقيست بما فى الرسالة من حسنات - فليغفرها له ، مؤثرا النظرات إلى ماوجهنا إليه قراء ذلك المؤلَّف من نواحى الإحسان ، وجهات التدقيق وما يبدو فيها من جهد جهيد وإخلاص شديد . إن الحسنات يذهبن السيئات .

ولا يفوتنى قبل أن أختتم حديثى عن تقدير هذا المؤلَّف أننى أود أن يشعر القارىء بأن المؤلِّف رجل ذو طموح وتطلع إلى السير فى مدارج السمو العلمي ، فهو لايحفزه إلى ذلك الجهاد الشاق للحصول على شهادة الدكتوراه معنى أكثر من شدة الرغبة فى تحصيل العلم ومزاولة البحث، لأنه يعمل مدرسا بكلية حقوق جامعة الخرطوم منذ أمد ويسند إليه رئاسة قسم الشريعة بها ، فالدافع له إنما هو اتجاه علمى خالص .

ولقد أعجبنى مالمسته فيه أثناء إشرافى عليه فى تحضير هذه الرسالة من تواضع العلماء ، وسمت المؤمنين مع أدب وحياء يزيده سموا ومكانة ، ويكون عونا له على أن يستزيد مما هو بسبيله من العلم والمعرفة ، فقد كان معى مهذباً ليناً ، يعرض وجهته إن كانت له وجهة مخالفة فى أدب وحياء وفى صورة إستفسار وتفهم ، فاذا ناقشته ولم يقتنع يعاود مناقشته فى جلسة ثانية حتى يستوثق ويقتنع أو يقف عند رأيه واعداً باعادة النظر ليتخلص فى أدب ، واختلاف الرأى من طبيعة البشر ولكل وجهة .

وفقنا الله وإياه وكل باحث إلى ماينفع الناس فى دينهم ودنياهم .

وأكررهنا ماختمت به مناقشة رسالته هذه عند تقديرها والحكم عليها يوم الاثنين ١٢ شوال سنة ١٣٨٦ الموافق ٢٣ يناير سنة ١٩٦٧ بمبنى كلية حقوق القاهرة من أنى أرجو الله سبحانه وتعالى أن ينفعه فى حياته بالفقه الإسلامى وأن ينفع الفقه الإسلامى به ، فما أحوج العالم الإسلامى إلى العلماء العاملين على إظهار مافيه من كنوز علمية ونظريات قانونية ومرونة وسعة لأن تطبق أحكامه فى جميع العصور ومختلف البقاع الإسلامية . إن ربى لسميع مجيب .

محمد سلام مدكور

حدائق الزيتون فى ١٣ شوال سنة ١٣٨٦

٢٤ يناير سنة ١٩٦٧

مقدمة الرسالة

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وسائر الأنبياء والمرسلين ، وبعد :

فقد لفت نظرى فى أثناء دراستى للمعاملات الشرعية ، وتدريسى لها فى كلية الحقوق بجامعة الخرطوم ، تكرار كلمة الغرر فى أبواب الفقه المختلفة ، فأوليتها بعض العناية والاهتمام ، ووددت لو تيسر لى دراسة أحكام الغرر دراسة شاملة ؛ لما لاحظته فى هذا الموضوع من الأهمية ، ثم شاء الله أن ألتحق بمعهد الشريعة بكلية الحقوق بجامعة القاهرة ، وتتاح لى الفرصة لتسجيل رسالة أنال بها الدكتوراه فى الشريعة الإسلامية ، فعرضت على أستاذى الأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور رئيس قسم الشريعة ، أن يكون موضوع رسالتى « الغرر وأثره فى العقود فى الفقه الإسلامى » ، فوافق مشكورا ، وقد أفدت من علمه وخبرته ما مكننى من وضع مخطط كامل للرسالة ، عرض على مجلس الكلية فوافق عليه ، وأسند الإشراف إلى الأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور وإنى لأرجو أن أوفق إلى السير فى الطريق الذى رسمته ، وإخراج الرسالة على الوجه المرضى .

وهدفى من هذا البحث أن أجمع ما ورد عن الغرر فى الفقه الإسلامى وأدرسه دراسة تاريخية مقارنة ؛ ابتغاء الوصول إلى وضع نظرية واضحة عن الغرر .

وقد دفعنى إلى اختيار هذا الموضوع أمران :

أحدهما : أن أسباب فساد العقود يرجع أكثرها إلى الغرر ، ومع هذا

فإن مسائل الغرر ظلت منثورة فى أبواب الفقه المتعددة ، لم يهتم العلماء بجمع شتاتها فى كتاب ، وقلما تجد فى كتب الفقه على كثرتها بابا للغرر [1] ، فأردت أن أسد هذا النقص ، فأجمع ما تناثر من مسائل الغرر فى هذه الرسالة ، حتى يسهل على الباحث الحصول على طلبته فى هذا الموضوع البالغ الأهمية .

ثانيهما : أن أكثر رسائل الدكتوراه فى الشريعة الإسلامية [2] تناولت موضوعات قانونية ، بقصد المقارنة بين القانون الوضعى والفقه الإسلامى ، ولبيان أن الفقه الإسلامى فيه من النظريات ما لايقل عن نظريات القانون الوضعى - إن لم يفقها - فى جودتها وسموها ، وهذا جانب هام من غير شك ، أدى الباحثون فيه واجبهم على خير وجه ، ولكن هناك جانب آخر لا يقل أهمية عن الجانب الأول ، هو أن فى الفقه الإسلامى من النظريات الكبرى مايختلف فيها اختلافا أساسيا عن القانون الوضعى ؛ كنظرية الربا ، ونظرية الغرر ، التى نحن بصدد الكتابة عنها ، والتى قوامها حديث النهى عن بيع

---

(١) من الفقهاء الذين بوبوا للغرر ابن رشد الجد ، فقد كتب بابا فى الغرر فى كتابه المقدمات الممهدات ٢ : ٢٢١ - ٢٣١ وتبعه حفيده فكتب بابا عن « البيوع المنهى عنها من قبل الغبن الذى سببه الغرر » فى كتابه بداية المجتهد ٢ : ١٤٨ - ١٦٥ ، وكتب ابن تيمية فصلا بعنوان « القاعدة الثانية فى المعقد حلالها وحرامها » فى كتابه « القواعد النورانية الفقهية » ١١٥ - ١٨٤ تناول فيه الكثير من مسائل الغرر ، ولعل هؤلاء الفقهاء الثلاثة هم أكثر من كتبوا عن الغرر كتابة مستقلة من الفقهاء المتقدمين .

ومن المعاصرين الذين كتبوا عن الغرر الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهورى فى الجزء الثالث من كتابه مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ، والسيد عبد الله محمد بن جبير فى رسالته « الغرر فى محل الالتزام التعاقدى » وهى مطبوعة على الآلة الكاتبة .

(٢) أقصد الرسائل الخاصة بالمعاملات - القانون المدنى والتجارى

الغرر الذى قال الإمام النووى : إنه أصل عظيم من أصول كتاب البيوع تدخل فيه مسائل كثيرة غير منحصرة[1] :

وإذا كان الربا قد نال عناية الكثيرين من الباحثين ، فان الغرر لم ينل ما يستحقه من الاهتمام والعناية ، مع أن أثره فى العقود أوسع من أثر الربا .

ولما كانت الدعوة للرجوع إلى الفقه الإسلامى ، وجعله أساسا للتشريع فى البلاد الإسلامية ، تتطلب العناية بالجانبين ، الجانب الموافق للقانون ، والجانب المخالف له ـ على حد سواء ـ فقد اخترت الغرر موضوعا لرسالتى ، عسى أن يجد فيه المشرعون مادة ، أو فكرة جديدة ، تساعد فى وضع القانون الإسلامى الذى يدعو إليه كل من درس أصول التشريع الإسلامى وفروعه ، وتبين منها ما تمتاز به مصادر الشريعة الإسلامية من المرونة التى تجعلها صالحة للتطبيق ، ومسايرة الحضارات الحقة فى كل مكان وزمان[2] ، وإنا لنأمل أن تجد هذه الدعوة المخلصة إستجابة من أولى الأمر فى البلاد الإسلامية فيحتل قانوننا الإسلامى المكان اللائق به قريبا ، إن شاء الله .

خطة البحث

سأتبع فى دراستى لهذا الموضوع الخطة الآتية :

أفتتح الرسالة بتمهيد أتعرض فيه بصفة إجمالية لمبدا سلطان الإرادة فى العقود والقيود التى تحد منه ، ومكان الغرر من تلك القيود .

---

(١) النووى على مسلم ١٠ : ١٥٦

(٢) انظر المدخل للفقه الاسلامى للاستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ١٢ ـ ٢٨

ثم أقسم الموضوع أربعة أقسام :

أبحث فى القسم الأول تعريف الغرر ، والنصوص الواردة فى الغرر

وأبحث فى القسم الثانى أثر الغرر فى العقود والشروط ، وسأجعل هذا القسم ثلاثة أبواب :

أخصص الباب الأول لأثر الغرر فى عقد البيع ، والباب الثانى لأثر الغرر فى العقود الأخرى ، والباب الثالث لأثر الغرر فى الشروط ، وسيكون هذا القسم عبارة عن عرض لمسائل الغرر بطريقة تسهل الرجوع إليها ، وذلك بوضع أصول للغرر يرد إلى كل أصل منها ما تناثر من فروعه ، وسأبدأ فى كل مسألة بذكر النصوص الواردة فيها من الأحاديث ، وأستنبط الحكم الذى يستفاد منها ، بعد تحقيقها تحقيقا وافيا ، ثم أعرض بعد ذلك آراء الفقهاء فى المسألة ، وسأحاول أن أستقصى ، بقدر الإمكان ، أقوال الصحابة والتابعين ، وآراء المذاهب الثمانية[1] فى المسائل الكلية ، وفى كل مسألة جزئية ذات أهمية عملية ، وقد أفعل ذلك فى بعض المسائل التى ليست لها أهمية من الناحية العملية ، ولكنها تجلو لنا حقيقة تاريخية ، كبيع الملامسة ، أو توصلنا إلى استخلاص قاعدة كلية كبيع الآبق ؛ فإن استقصاء الآراء المختلفة فى هذا الموضوع الغرض منه الوصول إلى تحقيق شرط القدرة على التسليم ، وسأكتفى ببيان بعض المذاهب فى المسائل الأخرى .

أما القسم الثالث فسيكون استنتاجا بما عرضته فى القسمين السابقين ، أحاول أن أصل فيه إلى ضوابط للغرر المؤثر والغرر غير المؤثر .

---

(١) مذهب الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، والإمامية ، والزيدية ، والإباضية ، والظاهرية.

وفى القسم الرابع والأخير أطبق ما توصلت إليه على بعض عقود الغرر ، فأتحدث عن عقود الغرر فى التقنين المصرى ، وحكم الشريعة الإسلامية فيها .

وأختم الرسالة بخاتمة أجمل فيها أهم ماورد فى البحث .

والله أسأل أن يذلل لى الصعاب ، ويجنبنى مواطن الزلل ، ويوفقنى إلى بلوغ ما أردت ، وهو حسبى ونعم الوكيل .

وأود وأنا أقدم هذه الرسالة أن أتوجه بخالص الشكر إلى أستاذى المشرف الدكتور محمد سلام مدكور أستاذ الشريعة الإسلامية بجامعة القاهرة على المجهود العظيم الذى بذله فى قراءة هذه الرسالة ، والتوجيهات القيمة التى كانت لى خير معين على إنجاز هـذا العمل ، ولا أنسى الساعات التى كان يخصنى بها أستاذى المشرف ، فـكثيراً ما آثرنى بوقت راحته، الذى هو فى أمس الحاجة إليه ، لما يقوم به من مهام علمية واجتماعية جسام ، كما أنى لا أنسى طريقته فى التوجيه والإرشاد ، وسعة صدره للمناقشة ، فله منى كل تقدير وإجلال .

الصديق محمد الأمين الضرير

تمهيد

مبدأ سلطان الإرادة فى العقود
ومكان الغرر منه

يراد بسلطان الإرادة قدرة المتعاقدين على إنشاء مايتراضيان عليه من العقود ، وعلى تحديد آثار العقود حسبما يريدان عن طريق الشروط التى تغير فى الآثار الموضوعة للعقد ، فهذا المبدأ يندرج تحته نقطتان :

إحداهما : هل للعاقدين مطلق الحرية فى إنشاء مايريدان من عقد ، ولو لم يكن ذلك العقد من العقود المنصوص على جوازها ؟ أو بتعبير آخر : هل الأصل فى العقود الحظر أو الإباحة ؟

ثانيتهما : هل يستطيع المتعاقدان أن يغيرا فى الآثار المعروفة للعقود المسماة ، فيشترطان فى العقد مايشاءان؟ أو بتعبير آخر : هل الأصل فى الشروط الحظر أو الإباحة ؟

وسأتكلم عن هذا المبدإ فى ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : سلطان الإرادة فى القرآن والسنة .

المبحث الثانى : آراء الفقهاء فى سلطان الإرادة .

المبحث الثالث : سلطان الإرادة فى القانون .

المبحث الأول

مبدأ سلطان الإرادة فى القرآن والسنة

سلطان الإرادة أو حرية التعاقد من المبادىء الأساسية التى تقوم عليها المعاملات بين الأفراد ، فلابد إذاً من أن تتعرض له نصوص القرآن والسنة ، فقد بينه الله فى كتابه فى ثلاث آيات :

الأولى قوله تعالى فى سورة البقرة : « وأحلَّ الله البيع وحرَّم الربا »[(١)].

والثانية قوله تعالى فى سورة النساء : « يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم »[(٢)].

والثالثة قوله تعالى فى سورة المائدة : « يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود »[(٣)].

فالآية الأولى تدل على حكمين : الأول حل البيع ، والثانى تحريم الربا ، فكل ما يصدق عليه كلمة بيع فهو جائز بمقتضى عموم هذه الآية ، وكل معاملة يدخلها الربا فهى حرام بمقتضى عموم هذه الآية أيضاً ، فعلى هذا يكون كل بيع حلالاً إلا ما كان فيه ربا .

يقول الشافعى : « فأصل البيوع كلها مباح إذا كان برضا المتبايعين الجائزى الأمر فيما تبايعا إلا ما نهى عنه رسول الله (صلى الله عليه وسلم) منها ، وما كان فى معنى ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم محرم بإذنه داخل فى المعنى المنهى عنه ، وما فارق ذلك أبحناه بما وصفنا من إباحة البيع فى كتاب الله »[(٤)]

---

(١) الآية : ٢٧٥

(٢) الآية : ٢٩

(٣) الآية : ١

(٤) الأم : ٣ : ٢ المعانى التى ذكرها الشافعى يؤخذ بعضها من هذه الآية وبعضها من الآية الثانية .

ويقول ابن حزم : البيع كله حلال إلا بيعا منع منه نص قرآن أو سنة »[1]

وتدل الآية الثانية ، آية النساء ، على حكمين أيضا :

الحكم الأول : تحريم أكل المال بالباطل[2]

فكل تصرف يؤدى إلى أكل المال بالباطل فهو منهى عنه بنص هذه الآية ، وهو نص قطعى فى الدلالة على هذا المعنى ، غير أن الآية ليس فيها تعيين لمعنى الباطل ، وقد فسر أكثر المفسرين الباطل بما نهى الشارع عنه .

فالطبرى يقول : « أكل المال بالباطل هو أكله من غير الوجه الذى أباحه الله لآكليه»[3] .

والجصاص يقول : « وأكل مال الغير بالباطل قد قيل فيه وجهان :

أحدهما : ماقاله السدى : وهو أن يأكله بالربا والبخس والظلم .

والثانى : ما قاله ابن عباس والحسن : أن يأكله بغير عوض[4] » .

وهذا الوجه الثانى غير واضح عندى ؛ لأن أكل المال بغير عوض إن كان عن طيب نفس فهو حلال بنص القرآن « فإن طبن لكم عن شىء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا »[5] فلا يدخل فى أكل المال بالباطل .

وفسر الزمخشرى الباطل بما لم تبحه الشريعة من نحو السرقة ، والخيانة ، والغصب ، والقمار ، وعقود الربا[6] .

---

(١) المحلى ٨ : ٤٠٥

(٢) النهى يشمل أكل الإنسان مال غيره ومال نفسه بالباطل ، وأكله مال نفسه بالباطل إنفاقه فى المعاصى ، الجصاص ٢ : ٢٠٩ وانظر الآيات الأخرى التى تنهى عن أكل المال بالباطل فى أول الباب الثانى من القسم الأول .

(٣) تفسير الطبرى ٣ : ٥٤٩

(٤) أحكام القرآن للجصاص ٢ : ٢٠٩

(٥) النساء : ٤

(٦) الكشاف ١ : ٥٠٢

ويقول القرطبي : من أخذ مال غيره لا على وجه إذن الشرع فقد أكله بالباطل، ويدخل فيه القمار، والخداع ، والغصوب ، وجحد الحقوق ، وما لا تطيب به نفس مالكه ، أو حرمته الشريعة وإن طابت به نفس مالكه ، كمهر البغي ، وحلوان الكاهن ، وأثمان الخمور والخنازير .

ومنه أن يقضى القاضي لك وأنت تعلم أنك مبطل ، فالحرام لا يصير حلالا بقضاء القاضي[1] .

وفسر البيضاوي الباطل بما لم يبحه الشرع كالغصب والربا والقمار[2] .

ولم يرتض الشيخ محمد عبده هذا التفسير لأن فيه إحالة للشيء على نفسه فقد جاء في تفسير المنار : قال الأستاذ الإمام :

« فسر الجلال وغيره الباطل بالمحرم وهو إحالة للشيء على نفسه ، فإن الله حرم الباطل بهذه الآية ، فقولهم إن الباطل هو المحرم يجعل حاصل معنى الآية : إني جعلت المال المحرم محرما .

والصواب أن الباطل ما يقابل الحق ويضاده ، والكتاب يطلق الألفاظ كالحق والمعروف والحسنات والصالحات ، وما يقابلها وهو الباطل والمنكر والسيئات ، ويكل فهمها إلى أهل الفطرة السليمة من العارفين باللغة »[3] .

وجاء في موضع آخر من نفس التفسير : « إن الباطل هو ما لم يكن في مقابلة شيء حقيقي »[4] .

وفي موضع ثالث : « أجمل القرآن وأوجز في الباطل لأنه من الأمور المعروفة للناس بوجوهه الكثيرة ، وحسب المسلم أن يكف عن كل ما يعتقد

---

(١) الجامع لأحكام القرآن ٢ : ٣٣٨
(٢) أنوار التنزيل وأسرار التأويل : ٨٥
(٣) تفسير المنار ٥ : ٤١
(٤) المصدر السابق ٢ : ١٨٩

أنه باطل ، على أنه بين هذا الإجمال فى أمور قد تخفى على الناس كالإدلاء إلى الحكام وكتحريم الربا »[1].

ومما لا نزاع فيه أن كل ما نص الشارع على تحريم أكله فهو من الباطل ، فما نص عليه فى القرآن الميسر والربا ، ومما نص عليه فى السنة بيع الغرر ، كما أن هنالك أشياء من الباطل لم ينص الشارع عليها ، وترك تعيينها إلى أهل الفطر السليمة من المسلمين ، فما رأوه منها باطلا كان منهيا عنه بهذه الآية ، فكل معاملة اتفق على أن فيها أكلا للمال بالباطل يصح أن يحتج على عدم جوازها بهذه الآية ، أما المعاملات المختلف فى كونها من أكل المال بالباطل فلا تصلح هذه الآية دليلا على النهي عنها حتى يثبت بدليل آخر أنها من الباطل .

يقول القرطبي : « وهذه الآية متمسك كل مؤالف ومخالف فى حكم يدعونه لأنفسهم بأنه لا يجوز ، فجوابه أن يقال له : لا يسلم أنه باطل حتى تبينه بالدليل ، وحينئذ يدخل فى هذا العموم ، فهى دليل على أن الباطل فى المعاملات لا يجوز ، وليس فيها تعيين للباطل[2] .

والحكم الثانى : جواز كل تجارة تراضى عليها المتعاقدان .

والتجارة هى المعاوضة ، فالآية دليل على جواز جميع عقود المعاوضات التى يطلب بها الربح من بيع وإجارة وغيرها ، ما دام الرضا من المتعاقدين متحققا ، بشرط ألا يكون فيها أكل للمال بالباطل[3] .

---

(١) المصدر السابق ٢ : ١٩٠ وانظر أيضاً ٢ : ١٩٣

(٢) تفسير القرطبي ٢ : ٣٣٩

(٣) القرطبي ٥ : ١٥١ — ١٥٢ والجصاص ٢ : ٢١٠ و٢١٢ يقول الجصاص : « والآية عموم فى إطلاق سائر التجارات وإباحتها وهو كقوله « وأحل الله البيع » فى اقتضاء عمومه سائر البيوع إلا ما خصه التحريم إلا أن اسم التجارة أعم من اسم البيع » .

فهذه الآية أعم من الآية الأولى فى جزأيها ، فالتجارة أعم من البيع ، والباطل أعم من الربا ، وفى هذه الآية حكم زائد على ما فى الآية الأولى هو بيان أن مدار حل التجارة على تراضى المتعاقدين .

أما الآية الثالثة - آية المائدة - فإنها تدل على حكم واحد هو وجوب الوفاء بالعقود ، وكلمة العقود تشمل كل مايصدق عليه اسم عقد ، من بيع ، وإجارة وشركة ، وكفالة، وزواج ، وشرط[1] ، وغيرها من العقود التى كانت معروفة وقت نزول هذه الآية ، والتى حدثت بعدها ، والتى ستحدث فى المستقبل . وأمر الله بالوفاء بالعقود دليل على جوازها لأن الله لا يأمرنا بالوفاء بما لايجوز الإقدام عليه .

فالحكم الذى فى هذه الآية أعم من الحكم الأول الذى فى الآيتين السابقتين ، لأن كلمة عقود تشمل البيع والتجارة وغيرهما .

يقول أبو بكر الجصاص : «واقتضى قوله تعالى « أوفوا بالعقود » الوفاء بعقود البياعات ، والإجارات ، والنكاحات ، وجميع ما يتناوله اسم العقد ، فمتى اختلفنا فى جواز عقد أو فساده صح الاحتجاج بقوله تعالى « أوفوا بالعقود » لاقتضاء عمومه جواز جميعها من الكفالات والإجارات والبيوع وغيرها »[2] .

وهذا العموم مخصص بما فى الآية السابقة من انتفاء الأكل بالباطل ، فالقرآن يفسر بعضه بعضا .

---

(١) أنظر أحكام القرآن للجصاص ٢ : ٣٥٨ و ٣٦٠ و ٣٦١
وقد عرف الجصاص العقد بأنه « ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه .... ثم قال .... « وكل شرط شرطه الإنسان على نفسه فى شىء يفعله فى المستقبل فهو عقد .. »

(٢) أحكام القرآن للجصاص ٢ : ٣٦٢

وفى القرآن آيات كثيرة فى معنى هذه الآية ، وهى الآيات التى تأمر بالوفاء بالعهود ، وتمدح الموفين بالعهد ، وتذم مخلفى الوعد والعهد ، منها قوله تعالى :

« ... وبعهد الله أوفوا »[1] وقوله « وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا »[2] وقوله « وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم . . . »[3] وقوله : « . . . والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون »[4]. وقوله : « . . . والموفون بعهدهم إذا عاهدوا... »[5] وقوله فى صفة المشركين ، «لا يرقبون فى مؤمن إلاً ولا ذمة »[6] وقوله فى صفة الفاسقين « الذين ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه ...»[7]

والأحاديث فى هذا المعنى كثيرة أيضاً ، منها ما فى البخارى عن عبد الله ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : «أربع من كن فيه كان منافقا خالصا ، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها : إذا ائتمن خان ، وإذا حدث كذب ، وإذا عاهد غدر ، وإذا خاصم فجر» .[8]

ومنها ما فى البخارى أيضا عن عقبة بن عامر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج .[9] فهذا الحديث دليل

---

(١) الأنعام : ١٥٢
(٢) الاسراء : ٣٤
(٣) النحل : ٩١
(٤) المؤمنون : ٨ والمعارج : ٣٢
(٥) البقرة : ١٧٧
(٦) التوبة : ١٠ ، والإل القرابة . والذمة العهد
(٧) البقرة : ٢٧
(٨) صحيح البخارى ١ : ١٦
(٩) صحيح البخارى ٣ : ١٩٠

على وجوب الوفاء بالشروط عامة ، وعلى أن الشروط فى الزواج أحقها بالوفاء .

وفى آثار الصحابة ما يوافق الآيات والأحاديث ، فقد روى عن عمر بن الخطاب قوله : « إن مقاطع الحقوق عند الشروط ولك ما شرطت »[1]

ما يستفاد من مجموع النصوص :

القاعدة العامة التى تستخلص من أصلى التشريع ـ الكتاب والسنة ـ هى أن **الاصل فى العقود والشروط الإباحة ، إذا كانت برضا المتعاقدين ، إلا مادل دليل على منعه .**

---

(١) صحيح البخارى ٣ : ١٩٠ ، القواعد النورانية الفقهية ٢٠٠ ، وقريب من قول عمر قول القاسم بن محمد عندما سئل عن العمرى : « ما أدركت الناس إلا وهم على شروطهم فى أموالهم وما أعطوا » . المنتقى على الموطأ ٦ : ١٣٣

المبحث الثانى

آراء الفقهاء فى سلطان الإرادة[١]

[illegible] اتجاهات مختلفة فى تقرير مبدإ سلطان الإرادة ، أوضحها اتجاهان :

الأول : يتفق مع ما استنبطناه من نصوص القرآن والسنة .

والثانى : عكسه تماما فهو يقرر : أن الأصل فى العقود والشروط الحظر إلا ما دل دليل على جوازه .

وبين هذين الاتجاهين اتجاهات أخرى ، يميل بعضها إلى الاتجاه الأول ، وبعضها إلى الاتجاه الثانى .

وسأكتفى ببيان الاتجاهين المحددين ، وهما اتجاه ابن تيمية ، واتجاه ابن حزم .

الاتجاه الأول: اتجاه ابن تيمية .

« الأصل فى العقود والشروط الجواز والصحة ، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصا ، أو قياساً » .

هكذا يقرر ابن تيمية هذا الاتجاه ، وهو زعيمه وناصره ، ولعله أول[٢]

---

(١) انظر فى هذا الموضوع المدخل للفقه الإسلامى للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ٥٦٥ و٦٤٢، ونظرية الإباحة له أيضا ٥٠ — ٥٣ و ٤٤٧ ، وأحكام المعاملات للأستاذ الخفيف ٢٣٩ ـ ٢٥٢ ومبدأ سلطان الإرادة فى الفقه الإسلامى للدكتور محمد زكى عبد البر .

(٢) لم أر لمن تقدم ابن تيمية من الفقهاء تأييداً صريحاً لهذا الاتجاه ، غير ما نقلته عن الجصاص فى تفسيره لقوله تعالى : « يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » وهو قوله : «فمتى اختلفنا فى جواز عقد أو فساده صح الاحتجاج بقوله تعالى : « أوفوا بالعقود » لاقتضاء عمومه جواز جميعها من الكفالات ، والإجارات والبيوع وغيرها » فهذه العبارة تدل على أن قائلها يرى أن الأصل فى العقود الجواز ـ أحكام القرآن ٢ : ٣٦٢

ويرى ابن تيمية أن أصول أحمد المنصوصة عنه تتجه هذا الاتجاه ، وأن مالكا قريب منه ـ القواعد النورانية الفقهية ١٨٨

=

من اهتم به ، وأقام الأدلة على صحته وفند أدلة الاتجاه المخالف له ، ولهذا سألخص ما قاله فى هذا الموضوع .

أدلته :

استدل ابن تيمية على رأيه بالكتاب والسنة والاعتبار .

أما الكتاب والسنة فقد أورد ما ذكرناه من الآيات والأحاديث وغيرها مما هو فى معناها [1] ثم قال :

فقد جاء الكتاب والسنة بالأمر بالوفاء بالعهود والشروط والمواثيق والعقود ، وبأداء الأمانة ورعاية ذلك ، والنهى عن الغدر ونقض العهود والخيانة والتشديد على من يفعل ذلك.

ولو كان الأصل فيها الحظر والفساد إلا ما أباحه الشرع لم يجز أن يؤمر بها مطلقا ويذم من نقضها وغدر مطلقا . . . . . وإذا كان جنس الوفاء ورعاية العهد مأمورا به علم أن الأصل صحة العقود والشروط ، إذ لا معنى للتصحيح إلا ما ترتب عليه أثره ، وحصل به مقصوده ، ومقصود العقد هو الوفاء به، فإذا كان الشارع قد أمر بمقصود العهود دل على أن الأصل فيها الصحة والإباحة ..

وأما الاعتبار فمن وجوه :

١ — العقود والشروط من باب الأفعال العادية ، والأصل فيها عدم التحريم ، وقوله تعالى : «وقد فصَّل لكم ما حرَّم عليكم» [2] عام فى الأعيان والأفعال ، وإذا لم تكن حراما لم تكن فاسدة ، وكانت صحيحة .

= وقد ذكر ابن حزم هذا الاتجاه ورد أدلته ولكنه لم ينسبه إلى أحد . انظر الإحكام فى أصول الأحكام ٥ : ٦ وما بعدها .

(١) القواعد النورانية ١٩٢ — ١٩٧

(٢) الأنعام : ١١٩

٢ — ليس فى الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط إلا ما يثبت حله بعينه ، وانتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم فيثبت بالاستصحاب العقلى وانتفاء الدليل الشرعى عدم التحريم فيكون فعلها إما حلالا ، وإما عفوا كالأعيان التى لم تحرم .

وغالب ما يستدل به على أن الأصل فى الأعيان عدم التحريم من النصوص العامة ، والأقيسة الصحيحة ، والاستصحاب العقلى ، وانتفاء الحكم لانتفاء دليله ، فانه يستدل به على عدم تحريم العقود والشروط فيها . . . فإن ماذكره الله فى القرآن من ذم الكفار على التحريم بغير شرع ، منه ماسببه تحريم الأعيان ، ومنه ماسببه تحريم الأفعال ... فإذا حرمنا العقود والشروط التى تجرى بين الناس فى معاملاتهم العادية بغير دليل شرعي كنا محرمين ما لم يحرمه الله ...

٣ — الأصل فى العقود رضا المتعاقدين ، وموجبها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد ، لأن الله قال فى كتابه العزيز : « إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم »[١] وقال : « فإن طبن لكم عن شىء منه نفسا فكلوه هنيئاً مريئا »[٢] فعلق جواز الأكل بطيب النفس تعليق الجزاء بشرطه ، فدل على أنه سبب له ، وهو حكم معلق على وصف مشتق مناسب ، فدل على أن ذلك الوصف سبب لذلك الحكم ، وإذا كان طيب النفس هو المبيح لأكل الصداق ، فكذلك سائر التبرعات قياسا عليه بالعلة المنصوصة التى دل عليها القرآن . وكذلك قوله تعالى : « إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » لم يشترط فى التجارة إلا التراضى ، وذلك يقتضى أن التراضى هو المبيح للتجارة ، وإذا كان كذلك فإذا تراضى المتعاقدان بتجارة ، أو طابت نفس المتبرع بتبرع ثبت حله بدلالة

---

(١) النساء : ٢٩

(٢) النساء ٤

القرآن ، إلا أن يتضمن ما حرمه الله ورسوله كالتجارة فى الخمر ونحوذلك[١].

الاتجاه الثانى : اتجاه ابن حزم .

ذهب بعض الفقهاء إلى أن الأصل فى العقود والشروط المنع إلا ما ورد نص بجوازه ، ومعنى هذا أن الإرادة لا سلطان لها فى إنشاء العقود ولا فى تحديد آثارها ، فهى لا تستطيع أن تنشىء عقدا أو تشترط شرطا لم يرد به نص.

ولم أر أحدا من الفقهاء قال بهذا الرأى صراحة غير ابن حزم[٢]، وسأذكر خلاصة رأيه وما قاله في تأييده .

كتب ابن حزم في كتابه الإحكام فى أصول الأحكام بابا في استصحاب الحال ، وبطلان جميع العقود والعهود والشروط إلا ما أوجبه منها قرآن أوسنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ثابتة ،[٣] جاء فيه .

« وأما العقود والعهود والشروط والوعد فان أصل الاختلاف فيها على قولين لا يخرج الحق عن أحدهما ، وما عداهما فتخليط ومناقضات لا يستقر لقائلها قول على حقيقة ، فأحد القولين المذكورين : أنها كلها لازم حق إلا ما أبطله منها نص ، والثانى : أنها كلها باطل غير لازم إلا ما أوجبه منها نص ، أو ما أباحه منها نص ،[٤] ثم ذكر ابن حزم حجة من قال بالرأى الأول[٥] ،

---

(١) انظر ماكتبه ابن تيمية فى هذا الموضوع كاملا فى القواعد النورانية الفقهية ص : ١٨٤ — ٢٢٠

(٢) يرى ابن تيمية أن كثيراً من أصول أبى حنيفة والشافعى ، وطائفة من أصول أصحاب مالك وأحمد تنبنى على هذا الرأى ـ القواعد النورانية الفقهية ١٨٤ ، وقد ذكر ابن حزم هذين الاتجاهين بعبارات تدل على أن لكل منهما أنصارا ومؤيدين ، ولكن لم يبين لنا من هم أصحاب كل اتجاه ـ انظر الإحكام فى أصول الأحكام ٥ : ٦ و ١٢ و ٣١

(٣) الباب الثالث والعشرون ٥ : ٢ ـ ٥٠ ط السعادة الأولى .

(٤) الإحكام فى أصول الأحكام ٥ : ٦

(٥) المصدر السابق ٥ : ٦ — ١٢

وذكر بعد ذلك الرأى الثانى وحجته على النحو التالى .

قال أبو محمد : ووجدنا من قال ببطلان كل عقد وكل شرط وكل عهد وكل وعد إلا ما جاء نص باجازته باسمه يقولون : قال الله عز وجل : « اليوم أكملت لكم دينكم »(١) وقال تعالى « ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون »(٢) وقال تعالى : «ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله نارا خالدا فيها »(٣)

وعن عائشة قالت : «... قام رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال : ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست فى كتاب الله ، ما كان من شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط ، قضاء الله أحق ، وشرط الله أوثق . . . »(٤)

قالوا : فهذه الآيات ، وهذا الحديث براهين قاطعة فى إبطال كل عهد وكل عقد وكل وعد وكل شرط ليس فى كتاب الله الأمر به ، أو النص على إباحة عقده ، لأن العقود والعهود والأوعاد شروط ، واسم الشرط يقع على جميع ذلك.

ثم ذكر ابن حزم حجة عقلية خلاصتها : أن كل عقد أو شرط التزمه أحد العاقدين للآخر ، إما أن يكون فى نص القرآن أو السنة إيجابه أولا ، فالأول لا خلاف فيه ، والثانى هو محل الخلاف ، وهو لا يخلو من أحد أربعة وجوه ، الأول أن يلتزم فيه العاقد إباحة ما حرم الله ، والثانى أن يلتزم فيه تحريم ما أباحه الله ، والثالث أن يلتزم إسقاط ما أوجبه الله تعالى، والرابع أن يوجب

---

(١) المائدة : ٣

(٢) البقرة : ٢٢٩

(٣) النساء : ١٤

(٤) صحيح البخارى ٣:١٩٢

على نفسه ما لم يوجبه الله عليه ، وكل وجه من هذه الوجوه عظيم لا يحل ، وهو تعد لحدود الله ، وخروج عن الدين [١] .

ثم رد ابن حزم حجة الرأى الأول بأن الآيات والأحاديث ليست على عمومها ، ولكنها فى بعض العهود والعقود والشروط ، وهى ما جاء القرآن أو السنة بالإلزام به فقط ، بدليل قوله صلى الله عليه وسلم : «لا نذر فى معصية الله تعالى ولا فيما لا يملك العبد» ، وقوله : «من نذر أن يطيع الله فليطعه ، ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه» ، وقوله : «كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل» ، ولا يفرق ابن حزم بين التزام قتل المسلم ظلما ، والتزام الزوج ألا يتزوج على امرأته ، فكلاهما عنده عقد على معصية ، لأن فى التزام عدم الزواج تحريم ما أحله الله .

ويمضى ابن حزم فيقول : إن الآيات التى تأمر بالوفاء بالعهد حجة لنا لا علينا ، لأن العهد جاء فيها مضافا إلى الله « وبعهد الله أوفوا » ، ولا يضاف إلى الله إلا ما أمر به لا ما نهى عنه .

وأما الأحاديث التى تجعل إخلاف الوعد خصلة من خصال النفاق ، فالمراد بالوعد فيها ما افترض الله الوفاء به ، وألزم فعله ، كالديون الواجبة ، والأمانات الواجب أداؤها .

وأما حديث « المسلمون عند شروطهم » فغير صحيح ، ولو صح لكان حجة لنا أيضا لأن الرسول أضاف فيه الشروط للمسلمين ولا شروط للمسلمين إلا ما أباحها الله فى القرآن أو السنة .

ثم قرر ابن حزم رأيه فى أواخر الباب فقال :

« فلما قام البرهان بكل ما ذكرنا ، وجب أن كل عقد أو شرط أو عهد أو نذر التزمه المرء ، فإنه ساقط مردود ، ولا يلزمه منه شىء أصلا ، إلا أن يأتى

---

(١) المصدر السابق ٥ : ١٢ — ١٤

نص أو إجماع على أن ذلك الشيء الذى التزمه بعينه واسمه لازم له ، فإن جاء نص أو إجماع بذلك لزمه وإلا فلا [١] .

والأصل براءة الذمم من لزوم جميع الأشياء إلا ما ألزمنا إياه نص أو إجماع، فإن حكم حاكم بخلاف ما قلنا فسخ حكمه ، ورد بأمر النبى صلى الله عليه وسلم إذ يقول : «من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد» [٢] .

ففكرة ابن حزم تقوم على الاستصحاب، وبيان ذلك أن الأصل هو البراءة من جميع الالتزامات ، فلاحق لأحد العاقدين قبل الآخر إلا إذا كان مستمداً من الشارع ، فهو الملزم ، وهو الذى يثبت الحقوق التى لكل واحد من العاقدين على صاحبه ، فبمقتضى استصحاب الحال يجب بقاء هذا الأصل حتى يجىء النص الشرعى المسوغ للخروج عنه .

ولا يرى ابن حزم فى التزام الشخص دليلا على الإلزام ، لأن التزام نتائج العقود كالتزام العبادات لا يثبت عبادة ، فمن التزم صلاة سادسة لا تجب عليه ، وكذلك من التزم بعقد أو شرط غير ما ألزم الشارع فى هذا العقد لا يصير ملزما به [٣] .

رد حجج ابن حزم [٤]

يتلخص ما استدل به ابن حزم فى دليلين :

١ — حديث : «ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله...»

٢ — لا إلزام إلا من الشارع فمن التزم بعقد أو شرط لم ينص عليه الشارع فقد خالف الشارع .

---

(١) بناء على هذا الأصل لم يجوز الظاهرية من الشروط سوى سبعة شروط فقط وقد ذكرها ابن حزم فى المحلى ٨ : ٤١٢ — ٤١٣

(٢) الإحكام فى أصول الأحكام ٥ : ١٤ — ٤٤ ، وانظر أيضا المحلى ٨ : ٤١٢ — ٤٢١

(٣) الإحكام فى أصول الأحكام ٥ : ١٤ وابن حزم للأستاذ أبو زهرة ٣٨٠ ط مخيمر

(٤) انظر القواعد النورانية الفقهية ٢٠٦ — ٢٠٩ و ١٩٨ — ٢٠٣

وليس في هذين الدليلين ما يؤيد رأيه ، فأما الحديث فإن المراد « بالشرط الذى ليس فى كتاب الله » الشرط الذى حرمه الله ، يدل على هـذا قوله صلى الله عليه وسلم فى نفس الحديث : « قضاء الله أحق وشرط الله أوثق » لأن كل هذا إنما يكون إذا خالف الشرط كتاب الله وشرطه ، بأن يكون المشروط مما حرمه الله تعالى بنص خاص أو عام ، فالمشروط لابد أن يكون مما أباح الشارع فعله بدون الشرط ، ليكون اشتراطه جائزاً والوفاء به واجبا .

أو يكون المراد بالحديث ما ليس فى كتاب الله إباحته ، لا بخصوصه ولا بعمومه ، لأن مادل الكتاب على إباحته بعمومه فهو من كتاب الله ، نظير ذلك قوله تعالى : « ونزلنا عليك الكتاب تبيانا لكل شىء »[1] ، وقوله : « ما فرطنا فى الكتاب من شىء »[2] فإن القرآن لم يشتمل على بيان كل الأشياء بخصوصها ، وإنما اشتمل على بيان بعضها بخصوصها ، وعلى سائرها بعمومها .

فكل شرط دل دليل خاص أو عام على منعه لا يجوز اشتراطه ، وكل شرط دل دليل خاص أو عام على إباحته جاز اشتراطه ، ومن الأدلة العامة على الإباحة قوله تعالى : « يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » كما تقدم .

وأما قول ابن حزم : إن من التزم ما لم يوجبه نص فى القرآن أو السنة فقد تعدى حدود الله ، فهو قول مقبول بالنسبة للعبادات ، لأن الأصل فيها التوقيف ، أى لا يثبت الأمر بها إلا من الشارع ، وغير مقبول بالنسبة للعادات ، وهى ما يحتاجه الناس فى دنياهم ، لأنا لو منعنا الناس من العقود والشروط

---

(١) النحل : ٨٩

(٢) الأنعام : ٣٨

إلا ماورد به نص خاص لأوقعناهم فى الحرج المرفوع شرعا ، إذ قد يحتاجون إلى عقد لم يرد به نص خاص .

ثم إنه ليس فى إلزام المرء نفسه بعقد أو شرط تغيير لما شرعه الله ، إلا إذا كان ما التزم به المرء مما منعه الشارع ، بأن كانَ فيه تحليل للحرام أو تحريم للحلال ، فالعقود والشروط التى يلتزم بها المرء توجب ما كان مباحا بدونها ، عملا بقوله تعالى « أوفوا بالعقود » ولا تحرم ما كان حلالا ، أو تحلل ما كان حراما[١] .

أثر الغرر فى سلطان الإرادة

انتهينا إلى أن الرأى الذى تؤيده النصوص ويتفق مع المعقول هو أن إرادة المتعاقدين طليقة من كل قيد ، فهى قادرة على إنشاء أى عقد ، وعلى اشتراط أى شرط تشاء ، إلا مانهى الشارع عنه ، فنهى الشارع وحده هو القيد الذى يحد من إرادة المتعاقدين ، والعقود والشروط التى ينتظمها هذا القيد ، منها ما هو متفق عليه ، ومنها ما هو مختلف فيه ، فالمتفق عليه منها ، هو ماورد نص قطعى بمنعه من كتاب ، أو سنة ، أو إجماع . وهذا النص قد يكون خاصا كالنهى عن الميسر ، وعن بيع ما فى بطن البهيمة ، وقد يكون عاما كالنهى عن العقود التى تؤدى إلى أكل المال بالباطل ، والنهى عن بيع الغرر ، وهذه النصوص العامة يختلف الفقهاء فى بعض ما تصدق عليه من أفراد كما سنرى فى موضوعنا هذا .

والمختلف فيه هو مالم يرد نص قطعى بمنعه ، فذهب فيه كل فقيه إلى ما أداه إليه اجتهاده واستنباطه للأحكام من نصوص الشريعة وقواعدها العامة .

والغرر قيد من القيود المتفق عليها التى تحد من سلطان الإرادة ، ولكنه

---

(١) انظر القواعد النورانية الفقهية ١٩٩ — ٢١٠

قيد طبع ، يضيق ويتسع حسب اختلاف الظروف والبيئات والأنظار ، وسنرى مصداق هذا فى الاختلاف الواسع بين الفقهاء فيما يعتبر غرراً مانعاً من صحة العقد وغرراً غير مانع .

وتحريم عقود الغرر من حقوق الله ، فلا يجوز للعبد إسقاطه ، ولو رضى المتعاقدان بذلك لا يعتبر رضاهما ، وفيه مع ذلك حق للعباد ، لأن الله تعالى إنما حرمها صونا لمال العبد من الضياع[1] .

---

(١) الفروق للقرافى ١ : ١٤٠ ـ ١٤٢ الفرق (٢٢)

المبحث الثالث

مبدأ سلطان الإرادة فى القانون[1]

بدأت العقود فى القانون الرومانى شكلية محضة ، فكان العقد يستمد صحته من شكله لا من موضوعه ، فمتى استوفى العقد الأشكال المرسومة كان ملزماً للعاقدين بصرف النظر عن أى اعتبار آخر ، أما رضا المتعاقدين وحده فلم يكن كافيا لتكوين العقد ، فلما اتسعت دائرة المعاملات بتطور الحضارة ، ودعت الحاجة إلى السرعة فى التعامل نشأت مع العقود الشكلية العقود العينية ، والعقود الرضائية ، والعقود غير المسماة ، وظهر سلطان الإرادة فى العقود الرضائية ، وبعض عقود أخرى ، ولكن القانون الرومانى لم يقرر فى أية مرحلة من مراحله مبدأ سلطان الإرادة فى العقود بوجه عام .

فى نهاية القرن الثانى عشر ابتدأت الشكلية تضمحل ، وأخذ سلطان الإرادة يقوى تدريجياً بفضل المبادىء الدينية وقانون الكنيسة ، والعوامل الاقتصادية والسياسية إلى أن أصبح سلطان الإرادة مبدأ مقرراً فى القرن السابع عشر .

وفى القرن الثامن عشر انتشرت النظريات الاقتصادية والفلسفية والسياسية المشبعة بروح الفردية تدعو إلى حرية الفرد ، ووجوب استقلال إرادته ،

---

(١) انظر فى هذا الموضوع : الوسيط للدكتور السنهورى ١ : ٧٧ ـ ٨١ و ١٤١ ـ ١٤٩ و ٣٩٧ ـ ٤١٣ و ٦٢٤ ـ ٦٢٦ ومصادر الالتزام للأستاذ الدكتور عبد المنعم فرج الصدا ٤٢١ ـ ٤٩ ومجموعة الأعمال التحضيرية ٢ : ٢٢٢ ـ ٢٢٤ و ٢٧٨ ، وشرح العقود المدنية للأستاذ الدكتور جميل الشرقاوى ١ : ٣ و

The Law of Contract by G.H. Treitel P. 3 & Chap. 11

وتسييرها لكل مافى الحياة من نظم اقتصادية، واجتماعية، وقد جاء قانون نابليون متمشيا مع هذه النظرة إلى الإرادة.

انتصر مبدأ سلطان الإرادة فى ذلك العصر، وأصبح يشتمل على أصلين:

الأول: كل الالتزامات، بل كل النظم القانونية ترجع فى مصدرها إلى الإرادة الحرة.

الثانى: الإرادة هى المرجع فى كل ما يترتب على الالتزامات من آثار.

استمرت النظم الاقتصادية فى التطور وظهرت الصناعات الكبيرة، والشركات الضخمة، ونظم العمال أنفسهم فى طوائف، وانتشرت المذاهب الاشتراكية، وقامت تحارب المذاهب الفردية، فتعرض مبدأ سلطان الإرادة إلى نقد لاذع من خصومه الذين بالغوا فى عدم اعتبار إرادة الفرد فنبذوا مبدأ سلطان الإرادة مرة واحدة، كما بالغ أنصار هذا المبدإ فجعلوا لإرادة الفرد السلطان الأكبر فى جميع الروابط القانونية.

نتج عن هذه المبالغة من أنصار المبدإ وخصومه قيام فريق من المعتدلين وفقوا بين النظريتين المتطرفتين، فاعترفوا بما لإرادة الفرد من سلطان ولكنهم حصروها فى دائرة معقولة بحيث لا تتعارض مع العدالة والصالح العام، فأصبح المبدأ السائد فى القانون هو سلطان الإرادة من حيث إنشاء العقود وترتيب آثارها عليها فى حدود النظام العام والآداب، وقد جاء التقنين المدنى المصرى متمشياً مع هذا الاتجاه المعتدل، فنصت المادة ١٤٧ منه فى فقرتها الأولى على أن « العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون »، ونصت المادة ١٣٥ منه على أنه « إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا ». فالأصل فى القانون أن الإرادة حرة فى إنشاء العقود، وتحديد آثارها، غير مقيدة بشىء

سوى النظام العام والآداب ، فإذا خالف العقد النظام العام أو الآداب كان باطلا ، سواء ورد نص خاص بتحريم ذلك العقد ، أو لم يرد .

مقارنة بين الشريعة والقانون :

يتبين من هذا أن ما استقر عليه القانون فى القرن العشرين يتفق فى جملته مع ما قرره القرآن والسنة فى القرن السابع ، غير أنه ينبغى أن ننبه إلى فارق هام ، هو أن الأحكام القانونية التى تخرج عن دائرة النظام العام والآداب كلها أحكام مقررة أو مفسرة لإرادة المتعاقدين ، وليست أحكاماً آمرة ، ولهذا يجوز أن يتفق المتعاقدان على خلافها ، ويكون اتفاقهما هذا مقدما على أحكام القانون ، فيصير صحيحاً باتفاق المتعاقدين ما نص فى القانون على بطلانه فى حالة عدم الاتفاق على خلافه ، وأغلب الأحكام التى تتعلق بالمعاملات المالية من هذا القبيل .

أما فى الفقه الإسلامى ، فإن كل عقد نص على بطلانه لا يمكن أن ينقلب صحيحا باتفاق المتعاقدين ، فالشروط التى يشترطها الفقهاء لصحة العقد إذا تخلف شرط منها كان العقد غير صحيح ، ولو رضى المتعاقدان بتخلفه ، فتعيين المحل مثلا شرط لصحة العقد فى الفقه الإسلامى ، فإذا كان المحل مجهول المقدار مثلا فالعقد غير صحيح ، ولا يستطيع المتعاقدان أن يتفقا على إسقاط هذا الشرط ، ولهذا لا يعتبر الاتفاق مع صائد على شراء ما تخرجه شبكته من السمك ، أو الاتفاق مع زارع على شراء ما تنتجه أرضه من القطن مثلا ، فى حين أن القانون يعتد بهذا الاتفاق ويلزم به المتعاقدين ، وإن كان المبيع مجهول المقدار ، مادام المتعاقدان قد دخلا على ذلك ، بالرغم من وجود المادة ١٣٣ فى التقنين المدنى المصرى التى تنص على أنه : « إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته ، وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره ، وإلا كان العقد باطلا » .

فعلى هذا يكون أثر الغرر على سلطان الإرادة فى الفقه الإسلامى أقوى بكثير من أثره عليه فى القانون ، فقد قلنا إن تحريم عقود الغرر من حق الله الذى لا يجوز للعبد إسقاطه فى الفقه الإسلامى ، أما فى القانون فإن أكثر عقود الغرر تخرج عن دائرة النظام العام والآداب ، فلا مانع إذن من التعاقد على ما فيه غرر ، ولو ورد نص بمنعه ، إلا فى مسائل قليلة اعتبرها القانون مخالفة للنظام العام أو الآداب ، منها منع التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة ،[1] ومنع الاتفاق الخاص بالمقامرة والرهان[2] .

---

(١) المادة ١٣١ (٢) من التقنين المدنى المصرى .

(٢) المادة ٧٣٩ من التقنين المدنى المصرى .

القسم الأَوَّلُ

التعريف بالغرر والنصوص الواردة فيه

الباب الأول
التعريف بالغرر

الفصل الأول

تعريف الغرر ، وبيان الفرق بينه وبين ما يشتبه به من الكلمات

المبحث الأول

تعريف الغرر

(١) فى اللغة العربية :

جاء فى كتب اللغة : الغرر بفتحتين الخطر(١) ، والتغرير حمل النفس على الغرر ، يقال غرر بنفسه وماله تغريراً وتغرة عرضهما للهلكة من غير أن يعرف ، والاسم الغرر(٢) .

وقال القاضى عياض : -

أصل الغرر لغة ماله ظاهر محبوب وباطن مكروه ، ولذا سميت الدنيا متاع الغرور ، قال وقد يكون من الغرارة وهى الخديعة ومنه الرجل الغر بكسر الغين للخداع ، ويقال للمخدوع أيضاً(٣) .

فالغرر اسم من التغرير وهو تعريض المرء نفسه أو ماله للهلاك من غير أن يعرف .

---

(١) الخطر : الإشراف على الهلاك وخوف التلف ، وخاطر بنفسه فعل ما يكون الخوف فيه أغلب (المصباح المنير) .

(٢) لسان العرب ، القاموس المحيط ، المصباح المنير ، كشاف اصطلاحات الفنون .

(٣) الفروق للقرافى ٣ : ٢٦٦

(ب) فى اصطلاح الفقهاء :

١ — الحنفية :

قال السرخسى : « الغرر ما يكون مستور العاقبة » [١]

وقال الكاسانى : « الغرر هو الخطر الذى استوى فيه طرف الوجود والعدم بمنزلة الشك » [٢] .

وقال البابرتى : « الغرر ما طوى عنك علمه » [٣] .

وقال ابن عابدين : « الغرر هو الشك فى وجود المبيع » [٤]

وهذه التعريفات تؤول إلى اثنين ، فإن تعريف السرخسى وتعريف البابرتى معناهما واحد ، وتعريف ابن عابدين هو تعريف الكاسانى فى أسلوب مختصر .

ويلاحظ أن تعريف السرخسى والبابرتى أعم من تعريف الكاسانى وابن عابدين ، فإن الأخيرين جعلا الغرر خاصاً بحالة الشك فى وجود المبيع ، أما الأولان فالغرر عندهما يشمل هذه الحالة والحالات الأخرى التى لايعرف فيها حقيقة المحل أو العقد .

وهو التعريف الذى تندرج تحته جميع الفروع التى وردت فى كتب الحنفية وقالوا : إن فيها غرراً ، أما التعريف الآخر فغير جامع .

ويشبه تعريف السرخسى ما قاله محمد فى الأصل تعليلا لمنع شراء الصوف على الظهر ، واللبن فى الضرع ، واللحم قبل الذبح ، والثمر قبل أن يخرج ،

---

(١) المبسوط ١٣ : ١٩٤

(٢) البدائع ٥ : ٢٦٣

(٣) العناية بهامش فتح التقدير ٥ : ١٩٢

(٤) ابن عابدين : ٤ : ١٤٧

فقد قال : « هذا كله فاسد ، لأنه يبتاع ما لم يكن بعد ، أو لم يدر ماهو ، وقد بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الغرر ، وهذا عندنا من الغرر»[1] .

٢ — المالكية :

جاء فى المدونة :

قال ابن وهب : وقال لى مالك « وتفسير مانهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم من بيع الغرر ، أن يعمد الرجل إلى الرجل قد ضلت راحلته أودابته أوغلامه ، وثمن هذه الأشياء خمسون ديناراً ، فيقول : أنا آخذها منك بعشرين ديناراً ، فإن وجدها المبتاع ذهب من البائع بثلاثين ديناراً ، وإن لم يجدها ذهب البائع منه بعشرين ديناراً ، وهما لا يدريان كيف يكون حالهما فى ذلك الوقت ولا يدريان أيضاً إذا وجدت تلك الضالة كيف توجد ، وما حدث فيها من أمر الله ، مما يكون فيه نقصها أو زيادتها ، فهذا أعظم المخاطرة» [2] .

ومثل ذلك ما فى الموطأ :

قال مالك : والأمر عندنا أن من المخاطرة والغرر اشتراء ما فى بطون الإناث من النساء والدواب ، لأنه لايدرى أيخرج أم لايخرج ، فإن خرج لم يدر أيكون حسناً أم قبيحاً أم تاماً أم ناقصاً ، أم ذكراً أم أنثى ، وذلك كله يتفاضل إن كان على كذا ، فقيمته كذا ، وإن كان على كذا ، فقيمته كذا [3] .

فالغرر عند مالك هو ماجهل وجوده أو ماجهلت صفته .

---

(١) الأصل : ٩٤

(٢) المدونة : ١٠ : ٣٨ والموطأ ٥ : ٤١ بهامش المنتقى، وقال ابن وهب عن عبدالعزيز ابن أبى سلمة مثل ما قال مالك فى تفسير الغرر .

(٣) الموطأ بهامش المنتقى ٥ : ٤٢

وقال القرافى : أصل الغرر هو الذى لايدرى هل يحصل أم لا ، كالطير فى الهواء ، والسمك فى الماء[١] .

وقال الدسوقى : الغرر التردد بين أمرين أحدهما على الغرض والثانى على خلافه [٢]

وهذه التعريفات متقاربة المعنى،وإن كان تعريف القرافى يتبادر إلى الذهن أنه قاصر على ما شك فى حصوله ، ولكن الحقيقة أن كلمة (أصل) تمنع هذا الفهم .

٣ — الشافعية :

نقل الكاسانى أن الشافعى قال : الغرر هو الخطر[٣] .

وهذا فى الواقع تعريف للغرر فى اللغة

وقال الشيرازى : الغرر ما انطوى عنه أمره وخفى عليه عاقبته[٤] .

وقال الرملى : الغرر ما احتمل أمرين أغلبهما أخوفهما ، وقيل: ما انطوت عنا عاقبته[٥] .

وقال الشرقاوى : العقد الذى فيه غرر هو ما انطوت عنا عاقبته ، أو : ما تردد بين أمرين أغلبهما أخوفهما [٦] .

---

(١) الفروق ٣ : ٢٦٥

(٢) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٣ : ٤٩

(٣) البدائع ٥ : ١٦٣

(٤) المهذب ١ : ٢٦٢ ولهذاقالت عائشة فى وصف أبى بكر : فرد نشر الإسلام على غِرِّه أى على طيه ، تريد : أن الإسلام كان فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم كالثوب المطوى المصون من الأدناس،فلما مات وارتدت العرب صار كالثوب إذا انتشر وتدنس ، فرد أبو بكر ما انتشر من الإسلام إلى حالته التى كان عليها زمن الرسول صلى الله عليه وسلم .

(٥) نهاية المحتاج ٣ : ٣٩٢

(٦) الشرقاوى على تحفة الطلاب ٢ : ٩

وتعريفات الشافعية كلها تؤدى معنى واحداً .

٤ – الظاهرية :

عرف ابن حزم الغرر فى البيع بأنه ما لايدرى فيه المشترى ما اشترى ، أو البائع ما باع[1]

وعرفه فى موضع آخر فى باب البيع أيضا بأنه : ما عقد على جهل بمقداره وصفاته حين العقد [2]

والتعريف الأول أعم من الثانى،لأنه يشمل مجهول الذات والجنس والنوع، وكل من التعريفين يخرج المعلوم الذى لا يدرى أيحصل أم لا يحصل ، كالبعير الشارد،فإنه لايدخل فى الغرر عند الظاهرية .

٥ – الشيعة الزيدية :

فى البحر الزخار : معنى الغرر الترددفى وجود المبيع،أو إمكان قبضه،كالطير فى الهواء . [3]

وفيه أيضاً : بيع الغررهو : التردد فى حصول المبيع وعدمه بلاترجيح. [4]

وكلا التعريفين يخرج المجهول ، فالغرر على هذا التعريف لا يشمل سوى المعدوم وما لا يمكن قبضه .

٦ – ابن تيمية :

وقال ابن تيمية فى الفتاوى والقواعد النورانية : الغررهو المجهول العاقبة [5]

---

(١) المحلى ٨ : ٣٤٣ و ٤٣٩

(٢) المحلى ٨ : ٣٨٩

(٣) البحر الزخار ٣ : ٢٩٣

(٤) البحر الزخار ٣ : ٣٠٩

(٥) الفتاوى ٣ : ٢٧٥ ، والقواعد النورانية الفقهية ١١٦

وقال فى نظرية العقد :

والغرر قدقيل في معناه : هوما خفيت عاقبته ، وطويت مغبته ، أو انطوى أمره . وقيل : ما تردد بين السلامة والعطب .

ويرى ابن تيمية أن التفسير الأخير أبين وأوضح من الأول ، لأن الغرر من التغرير ، والمغرر بالشيء : المخاطر ، والمخاطر : المتردد بين السلامة والعطب[١] .

٧ – ابن القيم :

قال ابن القيم فى إعلام الموقعين :

بيع الغرر هو مالا يقدر على تسليمه سواء كان موجوداً أو معدوماً[٢] .

وقال فى زاد المعاد :

بيع الغرر هو بيع ما لايعلم حصوله ، أولايقدر على تسليمه ، أولا يعرف حقيقة مقداره .

وجاء فى موضع آخر منه :

الغرر ما تردد بين الحصول والفوات ، أو هو ما طويت معرفتـه وجهلت عينه[٣] .

وفيه أيضاً :

الغرر تردد بين الوجود والعدم[٣]

---

(١) نظرية العقد ٢٢٤

(٢) إعلام الموقعين ١ : ٣٥٨ وهذا هو التعريف الذى أورده الأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور فى كتابه الفقه الإسلامى ص ٤٢٩ ، والمدخل للفقه الإسلامى ص٥٨٥

(٣) زاد المعاد : ٤ : ٢٦٧ و ٢٦٨

وقد اضطربت تعريفات ابن القيم ، فالغرر عنده تارة ما لا يقدر على تسليمه فقط ، وتارة هو ما تردد بين الوجود والعدم فقط ، وتارة هو أعم من هذين التعريفين فيشملهما ويشمل أيضا ماجهل مقداره ، وتارة هو شامل لما تردد بين الحصول والفوات ، ولما طويت معرفته وجهلت عينه ، وعبارة (وجهلت عينه) لا فائدة منها ، لأن ماطويت معرفته تغنى عنها .

٨ — وقد تأثر بعض علماء اللغة بالاصطلاح الفقهي لمعنى الغرر فاوردوه فى كتبهم ، ففى لسان العرب :

بيع الغرر المنهى عنه ، ما كان له ظاهر يغر المشترى وباطن مجهول ، يقال : إياك وبيع الغرر ، قال : بيع الغرر أن يكون على غير عهدة ولا ثقة .

قال الأزهرى : ويدخل فى بيع الغرر البيوع المجهولة التى لايحيط بكنهها المتبايعان حتى تكون معلومة .

التعريف المختار :

تتجه التعريفات التى نقلتها عن الفقهاء ثلاثة اتجاهات :

أحدها : يجعل الغرر مقصوراً على ما لايدرى أيحصل ، أم لايحصل ، ويخرج عنه المجهول .

وهو رأى الكاسانى وابن عابدين من الحنفية ، ورأى الشيعة ، وابن تيمية فى أحد رأييه .

وثانيها : يجعل الغرر مقصوراً على المجهول ، ويخرج عنه ماشك فى حصوله .

وهو رأى الظاهرية .

وثالثها : يجمع بين الاتجاهين الأولين ، فيجعل الغرر شاملا لما لايدرى حصوله ، وللمجهول .

وهو رأى أكثر الفقهاء .

والذى أختاره من هذه التعريفات هو :

الغرر ما كان مستور العاقبة .

وهو تعريف السرخسى ، ووافقه عليه ابن تيمية فى أحد رأييه ، والبابرتى ، والشرقاوى مع اختلاف بسيط فى اللفظ ، وهو موافق أيضاً لتفسير مالك للغرر ، ولتعريف الدسوقى ، وإن كان اللفظ مختلفا .

وقد فضلته على غيره من التعريفات ، لأنه أجمعها للفروع الفقهية التى أدخلها الفقهاء تحت الغرر ، مع قلة كلماته .

المبحث الثانى

بيان الفرق بين الغرر وما يشتبه به من الكلمات

١ ـ الغرر والغرور

الغرور هو حمل الشخص على عقد بطريقة باطلة تجعله يظن أن إنشاء العقد فى مصلحته ، والواقع غير ذلك ، كشراء سلعة نتيجة لإعلان كاذب عن مزاياها ، وكشراء المصراة ، وكالشراء عقب النجش [١]

فالفرق بين الغرر والغرور :

١ — الغرور يكون نتيجة قول أو فعل أو موقف يتخذه شخص ليخدع به آخر [٢] ، أما الغرر فلا خديعة فيه من أحد المتعاقدين ، إذ أن كلا من المتعاقدين يكون جاهلا بحقيقة الأمر فى عقد الغرر ، فإذا اشترى شخص من آخر بعيره الضال ،وهو يعلم مكانه ، فقد غره ، فيدخل هذا العقد تحت الغرور ، أما إذا اشتراه ، وهو لا يعلم مكانه ، فإن هذا يكون عقد غرر .

٢ — الغرور يجعل ـ فى بعض الحالات ـ للمغرور حق الفسخ ، اما الغرر فيجعل العقد غير صحيح ، لأن المنع من عقود الغرر من حق الله الذى لا يجوز للعبد إسقاطه ، وإن كان فيه حق للعبد ، فالغرور عيب من عيوب الرضا ، أما الغرر فإنه يرجع لفكرة النظام العام .

---

(١) أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ الخفيف ٣٧٧ و ٣٨٠ والمدخل للفقه الإسلامى للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ٦٤٧ والحطاب ٤ : ٤٣٧ .

(٢) فى لسان العرب : غره يغره غرا وغرورا وغرة فهو مغرور وغرير : خدعه وأطمعه بالباطل . والغرور والتغرير والتدليس معناها الاصطلاحى واحد ، على أن كلمة الغرور تتمشى مع الاستعمال اللغوى أكثر من التغرير لأنها من غر غيره ، أما التغرير فهى من غرر ، وكل كتب اللغة التى اطلعت عليها تقول غرر بنفسه تغريرا ، ولم أجد فيها غرر بغيره ، ولكن كتب الفقه تستعمل الكلمتين واستعمالها للغرور أكثر ، وإن كان أكثر الفقهاء المحدثين يميل إلى استعمال التغرير .

استعمال بعض الفقهاء كلمة الغرر مكان الـغرور .

تستعمل بعض كتب الفقه الغرر مكان الغرور :

يقول ابن عابدين : والتغرير فى المعاوضات التى تقتضى سلامة العوض يحصل سبباً للضمان دفعا للغرر بقدر الإمكان[١] .

ويقول فى موضع آخر :

ومتى عاين ما يعرف بالعيان انتفى الغرر[٢] . يريد أن المشترى إذا شاهد المبيع وكان مما يعرف بالمشاهدة فليس له أن يدعى الغرور بعد ذلك .

وفى عدة أرباب الفتوى : « فصل فى الغرر والغبن الفاحش » ذكر فيه المؤلف مسائل كلها من باب الغرور[٣] .

والمالـكية أيضا يستعملون الغرر بمعنى الغرور .

جاء فى الحطاب عند الـكلام عن التغرير :

وقال فى المسائل الملقوطة : الغرر بالقول لا يضمن وفيه الخلاف ، وبالفعل يضمن بلا خلاف[٤] .

وكتب الشافعية أيضا ورد فيها الغرر بمعنى الغرور .

يقول الشيرازى :

ويحرم تلقى الركبان : وهو أن يتلقى القافلة ويخبرهم بكساد ما معهم من المتاع ليغبنهم ، ولأن هذا تدليس وغرر فلم يحل[٥]

---

(١) ابن عابدين ٤ : ٢٢٢ .

(٢) ابن عابدين ٤ : ٨٦ و ٢٢٤ وانظر الفتاوى المهدية ٣ : ٥٧

(٣) عدة أرباب الفتوى ٢٤٦ — ٢٤٨

(٤) الحطاب ٤ : ٤٣٨

(٥) المهذب ١ : ٢٩٢

وفى شرح المنهاج :

وحبس ماء القناة وماء الرحى المرسل عند البيع حتى يتوهم المشترى كثرته فيزيد فى عوضه . . يثبت الخيار بجامع التدليس أو الغرر . . . لا لطخ ثوب الرقيق بمداد تخييلا للكتابة ، أو إلباسه ثوب نحو خباز ليوهم أنه كاتب أو خباز . . . فلا رد له به فى الأصح ، إذ ليس فيه كبير غرر لتقصير المشترى بعدم امتحانه (١) .

وكتب الشيعة الزيدية أيضا لا تخلو من هذا ، فقد ذكر صاحب البحر الزخار فى الكلام عن الزواج فصلا سماه : « خيار الغرر » وتكلم فيه عن الغرور — التدليس — فى الزواج (٢) .

ب — الغرر والجهالة

يفرق القرافى بين الغرر والمجهول ، فالغرر عنده ، هو : « ما لا يدرى هل يحصل أم لا » كالطير فى الهواء ، والسمك فى الماء ، والمجهول هو « ما علم حصوله وجهلت صفته » ، كبيعه ما فى كمه ، فعدم العلم موجود فى الحالين ، ولكن إذا كان عدم العلم راجعا إلى حصول الشىء ، أو عدم حصوله فهو الغرر ، وإن كان راجعا إلى صفة الشىء فقط فهو المجهول ، فبيع الطير فى الهواء غرر ، لأنه لا يدرى هل يحصل عليه المشترى أم لا . أما بيع الإنسان ما فى كمه فمجهول فقط ، لأن المشترى يحصل على شىء قطعا ، ولكنه لا يدرى ما صفة ذلك الشىء ، فبين الغرر والمجهول عموم وخصوص وجهى ، فقد يوجد الغرر بدون الجهالة ، كشراء العبد الآبق المعلوم قبل الإباق ، فهو غرر ، لأنه لا يدرى هل يحصل عليه المشترى أم لا ، ولا جهالة فيه لأن صفته معلومة قبل الإباق .

وقد توجد الجهالة بدون الغرر ، كشراء حجر يراه المشترى ولا يدرى

---

(١) نهاية المحتاج ٤ : ٧٣—٧٤

(٢) البحر الزخار ٣ : ٦٧ — ٦٨

أزجاج هو أم ياقوت ، ففى هذا البيع جهالة لعدم العلم بصفة الحجر ، ولا غرر فيه ، لأن مشاهدة المبيع تقتضى القطع بحصوله .

وقد يجتمع الغرر والجهالة كما فى بيع العبد الآبق المجهول الصفة قبل الإباق .

هذا ما يراه القرافى ولكن العلماء — كما يقول هو نفسه — يتوسعون فى هاتين العبارتين ، فيستعملون إحداهما موضع الأخرى [1] .

ويعلل صاحب تهذيب الفروق توسع العلماء هذا ، بأن الغرر يوجد فى المبيعات من جهة الجهل بأحد سبعة أشياء ، ثم عد الأشياء السبعة التى ذكرها القرافى وسماها موارد للغرر والجهالة [2] .

ويلاحظ على المثال الذى أورده القرافى ، وتابعه عليه صاحب التهذيب ، لاجتماع الغرر والجهالة أنه غير متمش مع تعريفه للغرر والمجهول، فإن التعريف يقتضى ألا يكون المثال من المجهول ، لأن الشرط فى المجهول أن يكون مجهول الصفة ومعلوم الحصول ، والمثال المذكور مجهول الصفة ، ولكنه غير معلوم الحصول ، فهو إذن غرر فقط ، لأن الغرر حسب تعريفه ، مالايدرى هل يحصل أم لا ، جهلت صفته أم لا .

والذى يستفاد من التعريف أنه لايمكن اجتماع الغرر والجهالة ، لأن الشرط فى الغرر عدم العلم بالحصول ، والشرط في الجهالة العلم بالحصول .

ويفرق ابن تيمية كما يفرق القرافى بين الغرر والمجهول ، فهو يرى أنه لا يسمى غررا إلا ما لا يدرى أيحصل أم لايحصل، أما ما كان حاصلا مقبوضا سليماً فلا يسمى غررا ، ولو لم يعلم قدره ، ولهذا لا يسمى مال الرجل فى بيته

---

(١) الفروق ٣ : ٢٦٥

(٢) تهذيب الفروق ٣ : ٢٧١

وصندوقه غررا ، وإن لم يعلم كيله ووزنه ، ثم يقول : « فدخول العلم بالقدر أو الوصف فى اسم الغرر مما لا أصل له، ولهذا يفرق الفقهاء بين الغرر والمجهول »[1].

هذا هو رأى ابن تيمية فى كتابه نظرية العقد وهو يتفق مع تعريف الغرر الذى رجحه على غيره من التعريفات وهو : « الغرر ما تردد بين السلامة والعطب[2] ».

ولكن ابن تيمية خالف هذا الرأى فى كتابه القواعد النورانية الفقهية ، فاعتبر المجهول نوعا من أنواع الغرر، وهذا نص عبارته : « وأما الغرر فإنه ثلاثة أنواع : إما المعدوم : كحبل الحبلة ، وبيع السنين ، وإما المعجوز عن تسليمه : كالعبد الآبق ، وإما المجهول المطلق أو المعين المجهول جنسه أو قدره، كقوله : بعتك عبدا ، أو بعتك ما فى بيتى ، أو بعتك عبيدى[3] » .

وهذا التقسيم يتفق مع تعريف الغرر الذى أورده في صفحة ١١٦ من الكتاب المذكور حيث قال: « والغرر هو المجهول العاقبة »، فإن هذا التعريف تدخل فيه الأقسام الثلاثة التى ذكرها، بخلاف التعريف الذى ارتضاه فى كتابه نظرية العقد ، فإنه لا يشمل سوى القسمين الأولين .

والذى أراه: أن الغرر أعم من الجهالة، فكل مجهول غرر ، وليس كل غرر مجهولاً ، فقد يوجد الغرر بدون الجهالة ، كما فى شراء الآبق المعلوم الصفة ، ولكن لا توجد الجهالة بدون الغرر وهذا المعنى ، هو الذى يتمشى مع التعريف الذى ارتضيته ، والتقسيم الذى سأذكره بعد ، ويتمشى أيضا مع تقسيم بعض الفقهاء

---

(١) نظرية العقد ٢٢٤ — ٢٢٥

(٢) نظرية العقد ٢٢٤ — ٢٢٥

(٣) القواعد النورانية الفقهية ١١٧

للغرر إلى أنواع ، منها المجهول كما فعل ابن تيمية فى القواعد النورانية ، وابن جزى ، والباجى[(١)].

حـ – الغرر والقمار

أصل القمار : الرهان على اللعب بالآلات المعدة للقمار ، وقد يطلق على اللعب بهذه الأشياء مطلقا ، أى مع الرهان ودونه[(٢)].

وقال البقاعى فى تفسيره : «والقمار كل مراهنة على غرر محض» يقال : قامره مقامرة وقماراً إذا راهنه .

أما الميسر : [(٣)] فإن عرب الجاهلية كانوا يطلقونه غالبًا على المقامرة بالأقداح لاقتسام الجزور بطريقة خاصة ، وقد عبر أبو حيان فى تفسيره عن الميسر بأنه : « قمار أهل الجاهلية » .

فالقمار لفظ أعم من الميسر إذ يطلق على جميع أنواع المراهنة ، على أن الفقهاء فيما بعد أطلقوا الميسر على جميع ضروب القمار ، قال على ، وابن عباس ، وعطاء ، وابن سيرين ، والحسن ، وابن المسيب ، وقتادة ، وطاوس ، ومجاهد ، ومعاوية بن صالح : « كل شىء فيه قمار من نرد وشطرنج وغيره ، فهو ميسر ، حتى لعب الصبيان بالكعاب والجوز » [(٤)].

يتبين من هذا أن القمار أو الميسر عقد خاص يقوم أساساً على المراهنة فى اللعب ، وكلمة قمار أو ميسر أخص من كلمة غرر ، فالقمار والميسر غرر من غير

---

(١) انظر تقسيم الغرر فى أول القسم الثانى ، وانظر الملكية ونظرية العقد للأستاذ أبى زهرة ٢٥٩ والفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد للأستاذ الزرقا ف ٣٧١ .

(٢) مفتاح الكرامة ٤ : ٥٥ — ٥٦ . والقاموس ، والصحاح ، والمصباح المنير

(٣) يرى مقاتل أن الميسر مشتق من اليسر لأنه أخذ للمال بيسر وسهولة ، من غير كد ولا تعب : الفخر الرازى ٢ : ٢٢٤ .

(٤) الميسر والأزلام ١١ — ١٦ ، وتفسير أبى حيان ٢ : ١٥٧ والفخر الرازى ٢ : ٢٢٤

شك ، ولكن هناك عقود كثيرة فيها غرر لا يصح أن يقال عنها قمار ، فالبيع الذى فيه غرر ، والإجارة التى فيها غرر ، وغيرهما من عقود الغرر ، من الخطأ إطلاق كلمة القمار عليها ، أو تشبيهها به إلا ما تحققت فيه مميزات القمار ، كبيع الحصاة فإنه قمار وإن سمى بيعا ، ولهذا نجد ابن رشد حينما يتحدث عن بيوع الغرر ، يذكر منها بيع الحصاة ويقول عنه : « وهذا قمار »(١).

ابن تيمية وابن القيم يجعلان الغرر من القمار :

يرى ابن تيمية أن الغرر من القمار ، وذلك حيث يقول : « والغرر هو المجهول العاقبة ، فإن بيعه من الميسر الذى هو القمار ، وذلك أن العبد إذا أبق ، أو الفرس أو البعير إذا شرد ، فإن صاحبه إذا باعه فإنما يبيعه مخاطرة ، فيشتريه المشترى بدون ثمنه بكثير ، فإن حصل له قال البائع : قمرتنى وأخذت مالى بثمن قليل ، وإن لم يحصل قال المشترى : قمرتنى وأخذت الثمن منى بلا عوض ، فيفضى إلى مفسدة الميسر التى هى إيقاع العداوة والبغضاء ، مع ما فيه من أكل المال بالباطل ، الذى هو نوع من الظلم ، ففى بيع الغرر ظلم وعداوة وبغضاء »(٢).

وهذا رأى غير سليم ، فإن الغرر كما بينا أعم من القمار ، واستعمال ابن تيمية لكلمة «قمر» غير دقيق ، لأن قمره معناها غلبه فى القمار ، وأما كون الغرر يفضى إلى مفسدة الميسر فصحيح ، ولكن لا يلزم من هذا أن يكون الغرر من الميسر .

وقد تبع ابن القيم شيخه فقال فى إعلام الموقعين : بيع الغرر هو ما لا يقدر على تسليمه .. كبيع العبد الآبق والبعير الشارد وإن كان موجودا ... ثم قال :

---

(١) بداية المجتهد ٢ : ١٤٨ .

(٢) القواعد النورانية الفقهية ١١٦ والفتاوى ٣ : ٢٧٥ ونظرية العقد ٢٢٧ — ٢٢٩

فإن كان البائع عاجزاً عن تسليمه فهو غرر ومخاطرة وقمار ، فإنه لا يباع إلا بوكس ، فإن أمكن المشترى تسلمه كان قد قمر البائع ، وإن لم يمكنه ذلك قمره البائع ، وهكذا المعدوم الذى هو غرر نهى عنه للغرر لا للعدم ، كما إذا باعه ما تحمل هذه الأمة أوهذه الشجرة ، فالمبيع لا يعرف وجوده ولا قدره ولا صفته، وهذا من الميسر الذى حرمه الله ورسوله[1] .

وقال فى زاد المعاد : « الغرر تردد بين الوجود والعدم ، فنهى عن بيعه لأنه من جنس القمار الذى هو الميسر ... وهو إنما يكون قماراً إذا كان أحد المتعاوضين يحصل له مال ، والآخر قد يحصل له وقد لا يحصل له ، فهذا الذى لا يجوز كبيع الآبق[2] » .

هذا ويلاحظ أن كلا من ابن تيمية وابن القيم لا يجعل كل غرر من القمار ، وإنما الغرر الذى يعتبر قمارا عندهما هو ما يحصل فيه أحد المتعاقدين على مال قطعا ، ويحتمل ألا يحصل فيه المتعاقد الآخر على شىء مطلقاً ، غير أن ابن القيم قد صرح بهذا ، أما ابن تيمية فقد أشار إليه بالمثال .

---

(١) إعلام الموقعين ١ : ٣٥٨ ، وانظر الملكية ونظرية العقد للأستاذ أبى زهرة ٢٥٩

(٢) زاد المعاد ٤ : ٢٦٩

الفصل الثاني

الغرر في عرف الجاهلية وفي القانون الوضعي

المبحث الأول

الغرر في عرف الجاهلية ، وأثر الإسلام فيه

كانت للعرب قبل الإسلام ضروب من المعاملات ، وكانت لهم نظم وقوانين يسيرون عليها في معاملاتهم بعضهم بعضاً ، شأنهم في ذلك شأن جميع المجتمعات ، فإنه لا يمكن أن نتصور مجتمعا من غير قوانين تنظم معاملات أفراده فيما بينهم ، وإنما تختلف تلك القوانين صلاحا وفساداً باختلاف درجة المجتمعات رقيا وانحطاطا .

وقد جاءت النظم التي كان يسير عليها العرب في الجاهلية في معاملاتهم نتيجة لتجاربهم وأعرافهم واختلاطهم بغيرهم من الأمم ذات الحضارات ، الفرس في العراق ، والرومان في الشام ، واليهود في يثرب[1] .

عمل الإسلام في المعاملات التي كانت سائدة عند مجيئه :

فلما جاء الإسلام وجد أمامه مجموعة من المعاملات التي تعارفها المجتمع الجاهلي ، وكان فيها الصالح الذي لا يتعارض مع تعاليم الإسلام ، وفيها غير الصالح ، فأقر منها ما كان صالحا ، وأصلح ما يمكن إصلاحه من غير الصالح ، ومنع ما لا يتفق مع تعاليمه .

---

(١) البيوع والمعاملات المالية المعاصرة ٦ ، وأحكام المعاملات الشرعية للأستاذ الخفيف ٦ ، وتاريخ التشريع الإسلامي ومصادره للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ٤٠ — ٤١

فمن العقود التي كانت معروفة قبل الإسلام وأقرها الإسلام، الشركة ، فقد روى أبو داود وابن ماجة عن السائب بن أبي السائب أنه قال للنبي صلى الله عليه وسلم : « كنت شريكي في الجاهلية فكنت خير شريك لا تداريني ولا تجاريني »[1].

ومنها الجعالة ، فقد كان الجعل موجوداً في المعاملات جاهلية وإسلاما ، فأقر النبي صلى الله عليه وسلم على فعله ، ولم يتعرض لإبطاله مع علمه بذلك[2].

ومنها شركة المضاربة[3] ، فقد سافر الرسول صلى الله عليه وسلم إلى الشام مضاربا بمال لخديجة قبل أن يتزوجها وسنه خمس وعشرون ، وكان معه غلامها ميسرة فربح في تلك التجارة ربحا عظيما .

يقول ابن حزم : القراض كان في الجاهلية ، وكانت قريش أهل تجارة لا معاش لهم من غيرها ، وفيهم الشيخ الكبير الذي لا يطيق السفر والمرأة والصغير واليتيم ، فكان ذوو الشغل والمرض يعطون المال مضاربة لمن يتجر به بجزء مسمى من الربح ، فأقر رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك في الإسلام وعمل به المسلمون عملاً متيقنا لا خلاف فيه ، ولو وجد فيه خلاف ما التفت إليه لأنه نقل كافة إلى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلمه بذلك ، وقد خرج صلى الله عليه وسلم في قراض بمال خديجة رضي الله عنها[4].

ومنها العمرى : فقد كانوا في الجاهلية يعطي الرجل الرجل الدار ويقول له : أعمرتك إياها ، أي أبحتها لك مدة عمرك وحياتك ، ومن هنا جاءت

---

(١) الشركات في الفقه الإسلامي للأستاذ الخفيف ٢١

(٢) المقدمات ٢ : ٣٠٥ وأحكام القرآن لابن العربي ٣ : ١٠٨٥

(٣) البحر الزخار ٤ : ٨٠

(٤) المحلى ٨ : ٢٤٧

التسمية فهى مأخوذة من العمر [١] ، فلما جاء الإسلام أقرها على النحو الذى نذكره عند الكلام عليها .

ومن العقود التى أقرها الإسلام مع إدخال بعض الاصلاحات عليها ، عقد السلم ، فقد روى الشيخان عن ابن عباس أنه قال : قدم النبى صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلفون بالتمر السنتين والثلاث فقال : « من أسلف [٢] فى شىء ففى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » [٣] .

ففى هذا الحديث إقرار لأهل المدينة على المعاملة التى كانت معروفة عندهم بالسلم بشرط أن يكون المسلم فيه معلوما كيلا أو وزنا ، وأن يكون الأجل الذى يسلم إليه معلوما أيضا .

ومنها بيع الجزاف ، فعن ابن عمر رضى الله عنهما أنه قال : « كانوا يتبايعون الطعام جزافا بأعلى السوق ، فنهاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيعوه حتى ينقلوه » [٤] .

فهذا الحديث دليل على أن بيع الطعام جزافا كان متعارفا قبل الإسلام وأن المشترى كان يبيع ما اشتراه فى مكانه الذى اشتراه فيه ، فأقر النبى صلى الله عليه وسلم المسلمين على ما كانوا عليه من بيع الجزاف بشىء من التعديل ، هو أنه نهاهم أن يبيعوا ما اشتروه جزافا قبل تحويله من مكانه .

المعاملات التى منعها الإسلام :

ومن المعاملات التى منعها الإسلام مع أنها كانت متعارفة وجائزة عند

---

(١) نيل الأوطار ٦ : ١١٩ و ١٢٠ والبحر الزخار ٤ : ١٤٣

(٢) السلف هو السلم ، وقد جاء فى بعض روايات الحديث : أسلم ، بدل : أسلف .

(٣) اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق فيه الشيخان ٢ : ١٨٢

(٤) المنتقى من أخبار المصطفى ٥ : ٢٥٦

العرب ، البيوع التى فيها غرر ، وهى أنواع كثيرة نذكر منها .

١ — بيع حبل الحبلة	٢ — بيع المضامين
٣ — « الملاقيح	٤ — « المجر
٥ — « عسب الفحل	٦ — « الملامسة
٧ — « المنابذة	٨ — « الحصاة[1]

ومن هنا نستطيع أن نقرر،أن نظرة الفقه الإسلامى للغرر تختلف اختلافا كليا عن نظرة العرب فى الجاهلية له .

---

(١) الموطأ ٥ : ٢٤ ، والمبسوط ١٢ ، ١٩٤ والبحر الزخار ٣ : ٢٩٤ و ٢٩٧ ، وبداية المجتهد ٢ : ١٤٨ وكشاف اصطلاحات الفنون ١٢٩٦ و ١٣٨٢ ومفتاح الكرامة ٤ : ١٤٣ . وقد تكلمنا عن هذه البيوع فى أماكنها من الرسالة فليرجع إليها .

المبحث الثانى

الغرر فى القانون الوضعى

تعريف عقد الغرر :

الغرر من الكلمات التى أصبح لها مدلول شرعى خاص بعد ورودها فى حديث النهى عن بيع الغرر ، وليس من الميسور وجود كلمة تقابلها وتؤدى نفس معناها فى الشرائع والقوانين الأخرى(١) ولذا فلن نتوقع وجود تعريف لهذه الكلمة إلا فى القوانين التى أخذتها عن الفقه الإسلامى كالقانون المصرى ، ولهذا سنذكر تعريف هذه الكلمة فى القانون المصرى .

يعرف الدكتور السنهورى العقد الاحتمالى بأنه :

« العقد الذى لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذى أخذ أو القدر الذى أعطى »(٢) .

ويعرفه الدكتور عبدالسلام ذهنى بأنه : « العقد الذى لا يستطع فيه العاقدان وقت انعقاد العقد لا كلاهما ولا أحدهما معرفة مبلغ الفوائد أو الأضرار التى تعود منه(٣) » .

ويعرفه الدكتور محمد كامل مرسى بأنه : « العقد الذى يكون تقدير المقابل

---

(١) يعبر فى كتب القانون المصرى عن عقد الغرر بالعقد الاحتمالى .
وفى القانون الفرنسى ب : Contract aliatoire .
ويعبر عن الغرر فى اللغة الانجليزية بعدة كلمات منها :
Peril, danger, jeopard, hazard & risk
انظر : Lane, Arabic English Lexicon
ولكننا نجد من غير شك فى كل قانون أحكاماً لمعاملات تدخل تحت الغرر نستطيع أن نتعرف منها وجهة نظر ذلك القانون إلى الغرر .

(٢) نظرية العقد للدكتور السنهورى : ١٤٠ والموجز له : ٤٠ والمبسوط ١ : ١٦٤ ومثله فى المعنى تعريف الدكتور أنور سلطان : النظرية العامة للالتزام ١ : ٤٩

(٣) الالتزامات للدكتور عبد السلام ذهنى : ٩٦

فيه موكولا للحظ والمصادفة »[١].

ويعرفه الدكتور أحمد حشمت أبوستيت بأنه : « العقد الذى لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين تحديد ما يحصل عليه من منفعة »[٢].

فالعقد الاحتمالى يكون فيه القدر الذى يأخذه أو يعطيه كل واحد من المتعاقدين — على رأى — أو أحد المتعاقدين — على رأى آخر — مجهولا ، ولا يعرف إلا فى المستقبل ، تبعاً لحدوث أمر غير محقق الوقوع ـ شرط ـ أو غير معروف وقت حصوله ـ أجل ممين ـ

الأول كعقد التأمين ، وعقد الرهان ، وعقد المقامرة ، فإن هذه العقود وإن تحدد فيها وقت العقد القدر الذى يعطيه المؤمن والمراهن والمقامر ، إلا أن القدر الذى يأخذه لا يتحدد إلا تبعاً لأمر غير محقق الحصول ، هو وقوع الحادثة المؤمن عليها ، أو كسب الرهان ، أو نجاح المقامرة ، ومثله بيع الأشياء المستقبلة فى بعض الحالات ، كبيع الثمار قبل انعقادها ، والزرع قبل نباته بثمن جزاف .

والثانى كالبيع بثمن يكون إيراداً مرتباً طول الحياة ، فإن البائع يعرف وقت العقد القدر الذى أعطى ، ولكنه لا يعرف القدر الذى أخذ ، والمشترى يعرف القدر الذى أخذ ، ولكنه لا يعرف القدر الذى أعطى ، وهو الثمن الذى لا يتحدد إلا عند موت البائع ، والموت أمر محقق الحصول ولكن وقته غير معروف[٣].

---

(١) شرح القانون المدنى الجديد ١ : ٣٣

(٢) نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى للدكتور أحمد حشمت أبى ستيت : ٦٤ ، وهذا هو تعريف محكمة استئناف مصر (١٨ ابريل ١٩٤٨ المحاماة : ٣١ رقم ١٣٥ ص ٣٦٥) عن الوسيط للسنهورى ١ : ١٦٤

(٣) نظرية العقد للسنهورى : ١٤٠ والموجز له : ٤٠ والمبسوط له : ١ : ١٦٤ ونظرية الالتزام للدكتور أحمد حشمت أبى ستيت : ٦٤ والنظرية العامة للالتزام للدكتور أنور سلطان ١ : ٤٩

هل يشترط فى العقد الاحتمالى أن يكون الاحتمال فيه من الجانبين ، أم يكفى أن يكون من جانب واحد ؟

واضح من تعريف الدكتور السنهورى ، وتعريف الدكتور أبى ستيت : أن الاحتمال لا بد أن يكون متحققاً بالنسبة لكل من طرفى العقد، ليكون العقد من العقود الاحتمالية ، فى حين أن تعريف الدكتور عبد السلام ذهنى لا يشترط ذلك ، فيكفى على حسب تعريفه لكون العقد من العقود الاحتمالية ، أن يتحقق الاحتمال بالنسبة لطرف واحد ، أما تعريف الدكتور محمد كامل مرسى فقد تفادى ذكر هذه المسألة الخلافية .

والواقع أن هذا الخلاف نظرى ، فإنه لا يوجد عقد يكون فيه الاحتمال بالنسبة لأحد الطرفين دون الآخر ، فالعقد إذا كان احتمالياً بالنسبة لأحد الطرفين يكون حتما احتمالياً بالنسبة للطرف الآخر ؛ لأنه إذا كان أحد الطرفين لا يستطيع أن يحدد مقدار ما يأخذ، فإن الطرف الآخر لا يستطيع حتما أن يحدد مقدار ما يعطى.

ولكن أصحاب التعريف الثانى ،يذهبون إلى أن العقد قد يكون احتمالياً بالنسبة لأحد الطرفين دون الآخر ، ويمثلون له بعقد التأمين فإنه عقد احتمالى بالنسبة للمؤمن له ؛ ومحدد بالنسبة للشركة ؛ لأنها تستطيع أن تعرف على وجه التقريب ما تعطيه ، وما تأخذه فى مجموع العقود التى بينها وبين المؤمن لهم .

وهذا تمثيل غير صحيح ، فإن عقد التأمين احتمالى بالنسبة للشركة أيضاً إذا نظر إلى كل عقد بمفرده ، وإن كانت العقود التى باشرتها الشركة فى مجموعها تبعد عنصر الاحتمال ، ولكن الواجب النظر إلى كل عقد

على حدة[1] .

هل العقد الاحتمالى خاص بعقود المعاوضات ؟

يذهب جمهور شراح القانون ، إلى ان تقسيم العقد إلى عقد محدد ، وعقد احتمالى ـ عقد غرر ـ لا يكون إلا فى عقود المعاوضة ، أما عقود التبرع فهى عقود محددة دائماً ، وفى تعريف الدكتور محمد كامل مرسى ، وتعريف الدكتور أبى ستيت ما يشير إلى هذا ، ويخالفهم الأستاذ السنهورى فى ذلك ، فهو يرى أن عقد التبرع قد يكون احتمالياً ـ عقد غرر ـ إذا كان الموهوب له لا يستطيع أن يحدد وقت تمام العقد مقدار ما يأخذ ، كما إذا وهب شخص لآخر إيراداً مرتباً طول حياته[2]

ويرجح الدكتور أنور سلطان رأى الجمهور ، لأن العقد الاحتمالى يكون

---

(١) نظرية العقد للدكتور السنهورى ١٤٠ وشرح القانون المدنى الجديد ١ : ٣٤ للدكتور محمد كامل مرسى .

وهذا الاختلاف إنما جاء نتيجة تضارب فى نصوص القانون المدنى الفرنسى فإن الفقرة الثانية من المادة ١١٠٤ منه تنص على ما يأتى :

« فإذا كان المقابل بالنسبة إلى كل من المتعاقدين موكولا إلى الحظ فى الكسب أو فى الخسارة تبعاً لحادث غير محقق كان العقد احتمالياً » .

وتنص المادة ١٩٦٤ من نفس القانون على ما يأتى : « العقد الاحتمالى هو اتفاق تبادلى تتوقف آثاره فيما يتعلق بالمنافع والخسائر سواء بالنسبة إلى كل واحد أو أكثر منهم على حادث غير محقق ، مثل عقد التأمين ، عقد قرض المخاطرة ، المقامرة ، الرهان ، عقد ترتيب مرتب مدى الحياة » شرح القانون المدنى الجديد للدكتور محمد كامل مرسى ١ :٣٢

والتعارض بين المادتين واضح ، فالمادة ١١٠٤ تجعل الاحتمال بالنسبة لكل من المتعاقدين ، والمادة ١٩٦٤ تجعل الاحتمال بالنسبة لكل منهما أو بالنسبة لأحدهما . ومن رأى معظم الشراح تغليب المادة ١١٠٤ وهو ما مشى عليه الدكتور السنهورى على أن الخلاف كما بينا لا ثمرة له فى الواقع .

(٢) النظرية العامة للالتزام للدكتور أنور سلطان ١ : ٤٩ والوسيط ١ : فقرة ٦٢ و ٧ فقرة ١٨ .

الاحتمال فيه فى جانب كل من المتعاقدين ، وهذا لا يتصور إلا إذا كان كل منهما دائناً ومديناً فى آن واحد[1] .

وأرى ترجيح رأى الدكتور السنهورى ؛ لأن الاحتمال فى جانب كل من المتعاقدين متصور فى عقود التبرعات أيضاً ، فإن المثال الذى أورده الدكتور السنهورى الاحتمال فيه متحقق فى الجانبين ، فالموهوب له لا يستطيع أن يحدد مقدار ما يأخذ وقت العقد ، وكذلك الواهب لا يستطيع أن يحدد مقدار ما يعطى وقت العقد ، وهناك أمثلة أخرى يتحقق فيها الاحتمال فى الجانبين فى عقد التبرع ، من ذلك هبة الأشياء المستقبلة ، كما إذا وهب شخص لآخر ما تثمره حديقته قبل انعقاد الثمر ، فإن الواهب لا يستطيع أن يحدد مقدار ما يعطى وقت العقد ، وكذلك الموهوب له لا يستطيع أن يحدد القدر الذى يأخذ وقت العقد .

تعريف القانونيين أخص من تعريف الفقهاء :

واضح من هذه التعريفات أنها أخص من التعريف الفقهى الذى اخترته ، فالغرر عند القانونيين لا يكون إلا فى محل العقد وفى مقداره فقط ، فهو يقابل إذن نوعا واحداً من أنواع الغرر التى سأذكرها فى القسم الثانى ، هو الغرر الناشىء عن الجهل بمقدار المحل ، أما سائر الأنواع فإنها لا تدخل فى التعريف القانونى .

والغرر عند جمهور القانونيين لا يكون إلا فى عقود المعاوضة ، وهو عند الفقهاء يكون فى عقود المعاوضة،وغيرها .

الغرر فى التقنين المدنى المصرى :

فى التقنين المدنى المصرى باب بعنوان « عقود الغرر » هو الباب الرابع من الكتاب الثانى من القسم الأول ، وهو ينتظم المقامرة، والرهان، والمرتب

(١) النظرية العامة للالتزام ١ : ٥٠

مدى الحياة ، والتأمين ، وقد كان عنوان هذا البـاب فى المذكرة الإيضاحية هكذا : « فى العقود الاحتمالية » ولـكن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ غيرت اصطلاح العقود الاحتمالية بعقود الغرر ، وعللت ذلك : « بأنه يستعمل فى الفقه الإسلامى لأداء المعنى ذاته[1] » ، وهذا التعليل حق ، فإن التعريف القانونى يتفق مع تعريف بعض الفقهاء[2] ، ولـكن القانون حصر عقود الغرر فى أربعة عقود فقط : المقامرة ، والرهان ، والمرتب مدى الحياة ، والتأمين ، فى حين أن عقود الغرر فى الفقه الإسلامى تشمل هذه العقود الأربعة ، كما تشمل غيرها من العقود .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ : ٣٠٠ هامش ١

(٢) انظر تعريف ابن حزم ص ٣١

الباب الثانى

النصوص الواردة فى الغرر

الفصل الأول

القرآن

بيان القرآن للأحكام :

الأحكام العملية التى تعرض لها القرآن أكثرها فى العبادات : من صلاة وزكاة ، وصوم ،وحج ، وفى الأحوال الشخصية :من زواج ، وطلاق ، ومايتعلق بهما ، وميراث ووصية ، أما المعاملات المالية فإن القرآن لم يتعرض لها إلا فى آيات معدودات .

فالبيع مثلا ، ورد ذكره فى ثلاث آيات فقط :

آية ٢٧٥ من سورة البقرة :« ... ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا .. » وآية ٢٨٢ من سورة البقرة :« .. وأشهدوا إذا تبايعتم ... »وآية ٩ من سورة الجمعة:« ... يأيها الذين آمنوا إذا نودى للصلاة يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع ذلكم خير لكم إن كنتم تعلمون »

وللقرآن طريقتان فى بيان الأحكام ، إحداهما تفصيلية جزئية ، والأخرى كلية عامة ، أما الطريقة الأولى فيسلكها فى المسائل الثابتة التى لا تختلف باختلاف الزمان والمكان ، وهى واضحة فى أحكام العبادات ،والحدود ،والزواج ،والطلاق ،والمواريث ،وأما الطريقة الثانية فيسلكها

فى المسائل التى تتغير بتغير الزمان والمكان ، وهى واضحة فى أحكام المعاملات؛ فإن القرآن وضع لها أحكاماً عامة صالحة لكل زمان ومكان ، وترك وضع أحكامها الجزئية للمجتهدين من الفقهاء فى حدود الدائرة العامة التى رسمها لهم ، وهذا ما سنشاهد فى موضوعنا الذى نبحثه[1] .

النصوص القرآنية الواردة فى الغرر :

لم يرد فى القرآن نص خاص فى حكم الغرر ، أوفى حكم جزئية من جزئياته ولكن ورد نص فيه حكم تدخل تحته جميع الأحكام الجزئية التى ذكرها الفقهاء فى الغرر المنهى عنه ، هذا الحكم هو « تحريم أكل المال بالباطل » ، فقد ورد النهى عن أكل المال بالباطل فى الآية ١٨٨ من سورة البقرة : (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل) .

وفى الآية ٢٩ من سورة النساء : (يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ..) وفى الآية ١٦١ من سورة النساء : (.. وأخذهم الربا وقد نهوا عنه وأكلهم أموال الناس بالباطل ...) وفى الآية ٣٤ من سورة التوبة : (يأيها الذين آمنوا إن كثيراً من الأحبار والرهبان ليأكلون أموال الناس بالباطل ..)

وقد ذهب المفسرون مذاهب عدة فى تفسير كلمة الباطل ، ولكنهم متفقون على أن الغرر المنهى عنه من الباطل .

يقول ابن العربى فى تفسير قوله تعالى : (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل) قوله تعالى: «بالباطل» يعنى بما لا يحل شرعا ، ولا يفيد مقصوداً لأن الشرع نهى عنه ، منع منه ، وحرم تعاطيه كالربا ، والغرر ونحوهما ....[2] .

---

(١) انظر المدخل للفقه الإسلامى للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ٣٣ ط أولى .

(٢) أحكام القرآن ١ : ٤١ — ٤٢

ويقول فى موضع آخر وهو يتحدث عن أقسام البيع المنهى عنها :

« إن هذه الأقسام لا تخرج عن ثلاثة هى : الربا، والباطل ، والغرر ، ويرجع الغرر بالتحقيق إلى الباطل فيكون قسمين على الآيتين»[1] يريد آية النهى عن الربا : (وأحل الله البيع وحرم الربا) وآية النهى عن أكل المال بالباطل : (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل) .

الاستثناء فى الآية :

ربما يقال: إن الاستثناء الذى فى الآية الثانية « إلا أن تكون تجارة ... » يخرج بيع الغرر عن أكل المال بالباطل لأنه من التجارة الحاصلة عن تراض، والتجارة الحاصلة عن تراض جائزة بنص هذه الآية ، سواء قلنا : الاستثناء متصل ، أم منقطع ، لأنه إن كان الاستثناء متصلا فالأمر ظاهر ، لأن معنى الآية حينئذ :

« لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون الأموال تجارة عن تراض» ، فتكون التجارة الواقعة عن تراض مستثناة من النهى عن أكل المال بالباطل ، إذ كان أكل المال بالباطل قد يكون من جهة التجارة ، ومن غير جهة التجارة فاستثنى التجارة من الجملة ، وبين أنها ليست من أكل المال بالباطل[2]

هذا على قراءة نصب تجارة ، أما على قراءة الرفع فإن الاستثناء يكون منقطعاً ، ويكون المعنى : « لكن إن وقعت تجارة عن تراض فهو مباح»[3] كما يقول الجصاص ، أو « لا تأكلوا أموال الناس بغير مقابل ولكن كلوها بالتجارة»[4] كما يقول الشيخ رشيد رضا .

---

(١) المصدر السابق ١ : ١٠٢ — ١١٣
(٢) أحكام القرآن للجصاص ٢ : ٢١٣
(٣) المصدر السابق
(٤) تفسير المنار ٥ : ٤٢

الإجابة عن هذا الاعتراض تكون من ثلاثة وجوه :

الوجه الأول ، مايفهم من كلام الجصاص، وهو أن الآية ليست على عمومها وإنما هى مخصصة بما حرمه الله ورسوله من أنواع التجارة ، وذلك حيث يقول فى تفسير الآية :

وفيها إطلاق سائر التجارات ، وهو عموم فى جميعها لا إجمال فيها ولا شريطة ، فلو خليناه وظاهره لأجزنا سائر ما يسمى تجارة ، إلا أن الله تعالى قد خص منها أشياء بنص الكتاب ، وأشياء بسنة الرسول صلى الله عليه وسلم ، فالخمر والميتة والدم ولحم الخنزير وسائر المحرمات فى الكتاب لا يجوز بيعها ...

ونهى صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ، وبيع العبد الآبق ، وبيع مالم يقبض ، وبيع ما ليس عند الإنسان ، ونحوها من البياعات المجهولة والمعقودة على غرر ، جميع ذلك مخصوص من ظاهر قوله : إلا أن تكون تجارة الخ[1] ..

والوجه الثانى، مايفهم من كلام السيد رشيد رضا ، وهو أن المستثنى فى الآية ، هو الربح الكثير الذى يكون برضا من المتبايعين من غير غش ، فيكون الله استثنى التجارة من عموم الأموال التى يجرى فيها الأكل بالباطل ، أى بدون مقابل ؛ لأن معظم أنواعها يدخل فيها الأكل بالباطل ، فإن جعل عوض الشىء على قدره تماماً أمر عسير .

فالمراد من الاستثناء ، التسامح بما يكون فيه أحد العوضين أكبر من الآخر بسبب براعة التاجر ، من غير غش ، ولا خداع ، ولا تغرير ، وهذا من باطل التجارة الحاصلة بالتراضى وهو المستثنى[2] .

---

(١) أحكام القرآن ٢ : ٢١٣

(٢) تفسير المنار ٥ : ٤٢

والوجه الثالث ، وهو ما هدانى الله إلى فهمه من الآية ، هو : أن التجارة التى أباحها الله فى هذه الآية ، هى التجارة التى لا باطل فيها ، فمعنى الآية : لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ، ولكن كلوها بالتجارة التى لا باطل فيها ، إذ من غير المقبول ، أن ينهى الله فى أول الآية عن أكل المال بالباطل ، ويبيح فى آخرها معاملة تتضمن أكل المال بالباطل ، فكلمة تجارة ليست من العام الذى دخله التخصيص ، كما يفهم من كلام الجصاص ، وإنما هى من العام الذى أريد به الخصوص[1] . فالنهى عن التجارة التى فيها غرر ونحوه ليس تخصيصاً للتجارة المباحة فى الآية ، لأنه لم يدخل فيها ، وإنما هو بيان للباطل المنهى عنه .

فبيع الغرر ونحوه يدخل فى أكل المال بالباطل المنهى عنه ، ولا يدخل فى التجارة المباحة .

---

(١) العام الذى دخله التخصيص أو العام المطلق هو العام الذى لم يصحبه عند النطق به ما يدل على تخصيصه ، وإنما خصص بدليل لاحق ، أما العام الذى أريد به الخصوص فهو ما اقترن به ما يدل على أن المراد به الخصوص من أول الأمر ، كما فى هذه الآية ، فإن النهى عن أكل المال بالباطل يدل على أن التجارة لا تشمل كل ما يسمى تجارة ، وإنما يخرج منها التجارة التى تشتمل على أكل المال بالباطل . انظر أصول الفقه للأستاذ زكريا البرديسى ٤٠٤ ، وتفسير النصوص فى الفقه الإسلامى للدكتور محمد أديب صالح ٦٥٥ .

الفصل الثانى

السنة

الاحاديث الواردة فى الغرر :

وردت أحاديث كثيرة عن الغرر ، منها ما تناوله بصفة عامة ، ومنها ما تناول جزئياته ، وسنبحث هنا القسم الأول ، أما القسم الثانى فسنتكلم عن كل حديث منه عند الكلام على الجزئية التى تناولها .

روى عن جمع من الصحابة أحاديث تتعلق ببيع الغرر ، نقلها فيما يلى مع بيان رواتها ، وما قاله رجال الحديث فيهـا من حيث قبولها وعدمه ، ثم نتبع ذلك بما يتصل بها من شرح .

١ — عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر وعن بيع الحصاة[1] .

---

(١) السنن الكبرى ٥ : ٣٤٢ . قال البيهقى رواه مسلم فى الصحيح . وأورد هـذا الحديث ابن تيمية فى المنتقى بتقديم بيع الحصاة . وقال رواه الجماعة إلا البخارى المنتقى ٥ : ٣٤٣ . والحديث فى صحيح مسلم . بهذا اللفظ : « عن أبى هريرة قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر » . صحيح مسلم بشرح النووى ٣ : ١٥٦ . وفى سنن أبى داود : « عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر ، زاد عثمان : والحصاة » سنن أبى داود ٣ : ٣٤٦ . وفى سنن الترمذى : « عن أبى هريرة قال : نهى رسول الله صلى الله عليه عليه وسلم عن بيع الغرر وبيع الحصاة » . بتقديم بيع الغرر ومن دون « عن » قبل بيع الحصاة . قال الترمذى : وفى الباب عن ابن عمر ، وابن عباس ، وأبى سعيد ، وأنس . وفى سنن ابن ماجة عن أبى هريرة قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وعن بيع الحصاة » سنن ابن ماجة ٢ : ١٠ . وفى سنن النسائى : مثل ما فى مسلم . سنن النسائى بشرح السيوطى وحاشية السندى ٨ : ٢٦٢ المطبعة المصرية بالأزهر ، قال أبو عيسى : حديث أبى هريرة حديث حسن صحيح ، والعمل على هذا الحديث عند أهل العلم . كرهوا بيع الغرر الجامع الصحيح للترمذى ٣ : ٥٣٢ ط مصطفى الحلبى تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى .

٢ — عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن بيع الغرر [١] .

٣ — عن ابن عمر : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر [٢] .

٤ — عن ابن عباس قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر [٣]

٥ — عن عامر الشعبى قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر [٤] .

٦ — عن سعيد بن المسيب : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر [٥] .

٧ — عن على قال : سيأتى على الناس زمان عضوض يعض الموسر على مافى يده ، ولم يؤمر بذلك ، قال الله تعالى : (ولا تنسوا الفضل بينكم [٦])

---

(١) السنن الكبرى ٥ : ٣٣٧ . قال البيهق : « حديث أبى هريرة أخرجه مسلم فى الصحيح » ولم أجده فيه بهذا اللفظ وإنما الذى فى مسلم هو ما أثبتناه فى الحديث الأول ، ولعل البيهق تساهل فى هذه النسبة إلى مسلم لأن حديث أبى هريرة الذى أخرجه مسلم يشمل النهى عن بيع الغرر .

(٢) السنن الكبرى : ٥ : ٣٣٨ . وأخرجه أيضا أحمد وابن حيان ، نيل الأوطار ٥ : ٢٤٤

(٣) سنن ابن ماجه مع حاشية السندى ٢ : ١٠

(٤) رواه أبو يوسف عن ابن أبى ليلى عن عامر الخراج ٨٨

(٥) السنن الكبرى ٥ : ٣٣٨ قال البيهق هذا الحديث مرسل وقد أخرجه بهذه الصيغة «..أنبأنا مالك وغيره عن أبى حازم أخبره عن سعيد بن المسيب ... » . ثم قال : وقد رويناه موصولا من حديث الأعرج عن أبى هريرة ، ومن حديث نافع عن ابن عمر . السنن الكبرى ٥ : ٣٣٨ . وهو فى الموطأ : « مالك عن أبى حازم بن دينار عن سعيد بن المسيب . . . » الموطأ بهامش المنتقى ٥ : ٤١

(٦) البقرة ٢٣٧ .

ويبايع المضطرون ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع المضطر ، وبيع الغرر ، وبيع الثمرة قبل أن تدرك[1] .

٨ — عن عمران بن حصين مرفوعاً عند أبي بكر بن أبي عاصم : نهى عن بيع ما فى ضروع الماشية قبل أن تحلب ، وعن الجنين فى بطون الأنعام ، وعن بيع السمك فى الماء ، وعن المضامين وعن الملاقيح ، وعن حبل الحبلة ، وعن بيع الغرر[2]

٩ — عن عبد الله بن مسعود قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا تشتروا السمك فى الماء فإنه غرر[3] .

البخارى لم يرو حديث النهى عن بيع الغرر :

لم يرو البخارى فى صحيحه حديث النهى عن بيع الغرر ، ولكن فيه باب بعنوان « باب بيع الغرر وحبل الحبلة » ذكر فيه حديث النهى عن بيع حبل الحبلة ، وعن بيع المنابذة والملامسة[4] .

قال العينى : فإن قلت : لم يذكر البخارى فى الباب بيع الغرر صريحا

---

(١) سنن أبى داود ٣ : ٣٤٧

(٢) نيل الأوطار ٥ : ٢٤٥

(٣) نيل الأوطار ٥ : ٢٤٥ فى إسناد هذا الحديث يزيد بن زياد عن المسيب بن رافع عن عبد الله بن مسعود ، وقد قال البيهقى عن هذا الحديث : « هكذا روى مرفوعاً وفيه إرسال بين المسيب وابن مسعود ، والصحيح ما رواه هشيم عن يزيد موقوفا على عبد الله — ورواه أيضا سفيان الثورى ، عن يزيد موقوفا على عبد الله أنه كره بيع السمك فى الماء . السنن الكبرى ٥ : ٣٤٠ وقال الشوكانى بعد أن نقل جزءاً من كلام البيهقى : « وقال الدارقطنى فى العلل : اختلف فيه ، والموقوف أصح ، وكذلك قال الخطيب وابن الجوزى ، ثم قال : وقد روى أبوبكر بن أبى عاصم عن عمران بن حصين حديثا مرفوعاً ، وفيه النهى عن بيع السمك فى الماء فهو شاهد لهذا . نيل الأوطار ٥ : ٢٤٣ انظر الحديث الثامن .

(٤) صحيح البخارى ٣ : ٧٠

وذكره فى الترجمة لماذا ؟ قلت : لما كان فى حديث الباب النهى عن بيع حبل الحبلة ، وهو نوع من أنواع بيع الغرر ، ذكر الغرر الذى هو عام ، ثم عطف عليه حبل الحبلة ، من عطف الخاص على العام ، لينبه بذلك على أن أنواع الغرر كثيرة وإن لم يذكر منها إلا حبل الحبلة ، من باب التنبيه بنوع ممنوع مخصوص معلول بعلة على كل نوع توجد فيه تلك العلة [1]

وقال ابن حجر : ولم يذكر البخارى فى الباب بيع الغرر صريحا ، وكأنه أشار إلى ما أخرجه أحمد . . . . . عن ابن عمر قال : نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر [2].

الشرح :

شرح هذه الأحاديث يتطلب بيان المسائل الآتية :

المسألة الأولى : معنى الغرر .

المسألة الثانية : معنى « بيع الغرر » وهل الإضافة فيه من إضافة المصدر إلى مفعوله أو من إضافة الموصوف إلى صفته ؟.

المسألة الثالثة : حكم العقد المنهى عنه .

المسألة الرابعة: قول الصحابى : « نهى النبى عن كذا ».

أما المسألة الأولى : فقد بيناها فى المبحث الأول من الفصل الأول من الباب الأول [3] . وسنتكلم هنا عن المسائل الثلاث الباقية .

---

(١) عمدة القارى ١١ ، ٢٦٤

(٢) فتح البارى بشرح صحيح البخارى ٤ ، ٢٨٤

(٣) ص ٢٧ — ٣٤

المسألة الثانية : إضافة بيع إلى الغرر :

اختلف العلماء فى إضافة بيع إلى الغرر- بيع الغرر - وهل هى من إضافة المصدر إلى مفعوله ، أو من إضافة الموصوف إلى صفته.

يقول ابن تيمية عند كلامه عن بيع الشىء بقيمته : « فأما إذا باعه بقيمته وقت العقد ، فهذا الذى نص أحمد على جوازه ، وليس هذا من الغرر المنهى عنه ، فإن بعض الفقهاء يظنون أن الغرر صفة للبيع نفسه ، وأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن البيع الذى هو غرر ، وليس كذلك بل نهى عن بيع المبيع الذى هو غرر ، فالمبيع نفسه هو الغرر ، كالثمرة قبل بدو صلاحها[1] ».

فابن تيمية يرى أن الإضافة فى « بيع الغرر » من إضافة المصدر إلى مفعوله .

وقد تبع ابن القيم ابن تيمية فى تفسيره هذا حيث يقول :

« بيع الغرر من إضافة المصدر إلى مفعوله ، كبيع الملاقيح ، والمضامين ، والغرر هو المبيع نفسه ، وهو فعل بمعنى مفعول ، أى مغرور به ، كالقبض والسلب بمعنى المقبوض والمسلوب[2] ».

والذى أراه : أن الإضافة هنا من إضافة الموصوف إلى صفته ، أو من إضافة المصدر إلى نوعه ، ولا يصح جعلها من إضافة المصدر إلى مفعوله ، كما يقول ابن تيمية ، لأنه يترتب على هذا كون الغرر خاصا بمحل العقد ، وليس كذلك فإن من الغرر المنهى عنه باتفاق الفقهاء ما يرجع إلى الصفة التى وقع عليها العقد ، كبيع الحصاة ، أما إذا جعلنا الإضافة من إضافة المصدر إلى نوعه ، أو الموصوف

---

(١) نظرية العقد ٢٢٤ و ٢٢٧

(٢) زاد المعاد ٤ : ٢٦٦ — ٢٦٧

إلى صفته ، فإن النهى يعم كل بيوع الغرر ، سواء أكان الغرر فى محل العقد ، أم فى صيغته .

معنى « بيع الغرر » :

وعلى هذا فمعنى « بيع الغرر » البيع الذى كثر فيه الغرر وغلب عليه حتى صار البيع يوصف ببيع الغرر[١] ، لأن الشىء إذا كان متردداً بين معنيين لا يوصف بأحدهما دون الآخر إلا أن يكون أخص به وأغلب عليه[٢] .

المسألة الثالثة : حكم العقد المنهى عنه فى الكتاب أو السنة

القرآن والسنة لم يتعرضا للصحة والبطلان :

ليس فى القرآن ولا فى السنة حكم صريح على عقد من العقود بالصحة أو البطلان أو الفساد ، كما ترى ذلك فى كتب الفقه ، وإنما فيهما الحكم بالحل والحرمة ، كما فيهما النهى عن بعض العقود والوعيد بالعذاب لمن يفعل المنهى عنه ، ولكن ما حكم هذا العقد المنهى عنه من حيث معاملات الأفراد ؟ هل يترتب عليه أثره أم لا يترتب ؟ هذا ما لا نجده فى الكتاب والسنة ، فما السر فى ذلك ؟ .

يرى الدكتور محمد يوسف موسى : أن السبب فى الاكتفاء بالنهى ، دون الحكم بالفساد أو الصحة ، هو التوسعة على الناس فى معاملاتهم وتصرفاتهم وتظهر هذه التوسعة فى بحث الفقهاء ، واختلافهم فى حكم التصرف المنهى عنه من ناحية الفساد والصحة . . .[٣]

---

(١) المنتقى ٥ : ٤١

(٢) المقدمات الممهدات ٢ : ٢٢١

(٣) البيوع والمعاملات المالية المعاصرة ١٤٧

وأضيف إلى هذا : أن التشريع الإسلامى يهتم بالجانب الأخلاقى ، وهذا الاتجاه من القرآن والسنة إنما هو مظهر من مظاهر ذلك الاهتمام ، فالشارع يأمر المسلمين بكل معاملة فيها خيرهم ويحلها لهم ، وينهاهم عن كل معاملة فيها شر ويحرمها عليهم ، ويطلب منهم امتثال ما أمروا به ، واجتناب ما نهوا عنه ، ليفلحوا فى الدنيا والآخرة ، أما ما يترتب على المخالفة من فساد المعاملة ، أو عدمه ، فقد سكت الشارع عنه ، اكتفاء ببيان الجانب الأهم ، وفى ذلك إشارة إلى أنه هو الجانب الجدير بالاعتبار من المسلمين .

آراء الفقهاء فيما يقتضيه النهى :

القول المختار عند الأصوليين : أن صيغة النهى تدل على التحريم ، ولا تستعمل فى غيره إلا مجازا[1] فهى تقتضى إثم من أقدم على العقد المنهي عنه دائما ، ولكن هل تقتضى فساد العقد المنهى عنه ، أى هل تخرجه عن كونه سببا مفيداً لحكمه أم لا ؟ اختلف الفقهاء فى هذا فذهب جماهير الفقهاء : إلى أن النهى عن عقد يقتضى فساده ، فلا يترتب عليه أى أثر[2] .

وحجتهم :

١ — قوله صلى الله عليه وسلم : « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » والمردود ما ليس بصحيح ولا مقبول ، ولا يخفى أن المنهى عنه ليس بمأمور ، ولا هو من الدين ، فكان مردوداً .

---

(١) أصول الفقه للأستاذ الخضرى ٢٤٠ ط أولى وانظر تفسير النصوص فى الفقه الإسلامى للدكتور محمد أديب صالح ٨٧٩ .

(٢) المستصفى ٢ : ٢٥ . والإحكام للآمدى ٢ : ٢٧٥ ونسب الآمدى هذا القول إلى جماهير الفقهاء من أصحاب الأئمة الأربعة وإلى جميع أهل الظاهر وجماعة من المتكلمين . وأصول الفقه للخضرى ٢٤٢ وفيه أن هذا رأى غير الحنفية . وانظر الدسوقى على الشرح الكبير ٣ : ٤٧ والفروق فرق ٧٠ .

٢ — استدلال الصحابة على فساد العقود بالنهى ، فمن ذلك احتجاج ابن عمر على فساد نكاح المشركات بقوله تعالى :«ولا تنكحوا المشركات ...» ولم ينكر عليه منكر فكان إجماعا .

ومنها احتجاج الصحابة على فساد عقود الربا بقوله تعالى :« وذروا ما بقى من الربا »وبقوله صلى الله عليه وسلم :« لاتبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق .....»[١] .

وذهب قوم إلى أن النهى إن كان نهياً عن العقد لعينه دل على الفساد ، وإن كان لغيره فلا يدل على الفساد[٢] .

وذهب آخرون إلى أن النهى لا يقتضى الفساد ، فالعقد المنهى عنه يترتب عليه حكمه مع كونه محرماً ، لأن التحريم لا يضاده كون المحرم منصوباً علامة على حصول الملك مثلا ، فالتحريم يترتب عليه التعرض لعقاب الآخرة فقط دون تخلف الثمرات والأحكام[٣] .

وردوا دليل معارضيهم بأن كلمة « رد » الواردة فى الحديث معناها غير مقبول طاعة وقربة ، ولا شك أن المحرم لا يقع قربة ، أما ألا يكون سبباً للحكم فلا .

وأما الاستدلال بالمناهى على الفساد فليس مجمعاً عليه ، ورأى ابن عمر ومن

---

(١) الإحكام للآمدى ٢ : ٢٧٩ والمستصفى ٢ : ٢٥

(٢) المستصفى ٢ : ٢٥ ونسب الشيخ الخضرى هذا الرأى لجمهور المتكلمين ، انظر كتابه أصول الفقه ٢٤٢.

(٣) المستصفى ٢ : ٢٤ والإحكام للآمدى ٢ : ٢٧٦ وفيه « أن هذا اختيار المحققين من الشافعية . كالقفال وإمام الحرمين ، والغزالى وكثير من الحنفية وبه قال جماعة من المعتزلة».
وانظر رأى الحنفية مفصلا فى أصول الفقه للخضرى ٢٢١ وأحكام المعاملات للأستاذ الخفيف ٣٥٢ والمدخل للفقه الإسلامى للأستاذ محمد سلام مدكور ٦٠٦ — ٦٠٨.

معه يصح أن يتمسك به فى التحريم والمنع ، أما فى الإفساد فلا[١] .

المسألة الرابعة : هل يدل حديث النهى عن بيع الغرر على العموم ؟ :

اختلف الأصوليون فى قول الصحابى : نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن كذا ، كما فى حديث النهى عن بيع الغرر ، هل يعم كل غرر أم لا ؟ والذى عليه أكثر الأصوليين أنه لاعموم له ؛ لأنه حكاية الراوى ، والحجة فى المحكى لافى قول الحاكى ولفظه ، ولعل هذا الراوى رأى النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن فعل خاص لا عموم له ، فيه غرر ، فنقل صيغة العموم لظنه عموم الحكم ، ويحتمل أنه سمع صيغة ظنها عامة ، وليست عامة ، ويحتمل أنه سمع صيغة عامة ، وإذا تعارضت الاحتمالات لم يثبت العموم بالتوهم .

ويرى بعض الأصوليين أن مثل هذه الصيغة تدل على العموم ، لأن الصحابى الراوى من أهل العدالة والمعرفة باللغة ، فالظاهر أنه لم ينقل صيغة العموم إلا وقد سمع صيغة لا يشك فى عمومها ، لئلا يوقع الناس فى ورطة الالتباس ، واتباع ما لا يجوز اتباعه .

وحتى لو قدرنا أن الصحابى لم يكن قاطعاً بأن ما سمعه عن الرسول يدل على العموم ، فإنه لايمكن أن ينقله إلينا بصيغة العموم إلا وقد ظهر له العموم ، والغالب إصابته فيما ظنه ظاهراً ، فكان صدقه فيما نقله غالباً على الظن ، ومهما ظن صدق الراوى فيما نقله عن النبى ، وجب اتباعه[٢] .

وهذا هو الرأى الذى أختاره لقوة دليله .

---

(١) المستصفى ٢ : ٢٧ والآمدى ٢ : ٢٨١ وانظر تفصيل هذا الموضوع فى تفسير النصوص فى الفقه الإسلامى للدكتور محمد أديب صالح ٨٨٤ — ٩١٩

(٢) الإحكام الآمدى ٢ : ٢٧٢ والمستصفى ٢ : ٦٦

الحكم الذى يستفاد من الأحاديث :

يؤخذ من هذه الأحاديث ثلاثة أحكام :

الأول : تحريم بيع الغرر .

وهذا الحكم لا أعلم فيه خلافا إلا ما روى عن ابن سيرين وشريح من أنه يجوز بيع الغرر .

ابن سيرين لا يرى ببيع الغرر باسا :

قال ابن حجر : روى الطبرى عن ابن سيرين بإسناد صحيح قال : لا أعلم ببيع الغرر بأساً[1].

ويؤيد هذا ما رواه ابن المنذر عنه أنه قال : لا بأس ببيع العبد الآبق إذا كان علمهما فيه واحداً[2].

قال ابن بطال : ولعله لم يبلغه النهى عن بيع الغرر[3].

وروى ابن حزم عن ... عن ابن سيرين عن شريح أنه كان لا يرى بأساً ببيع الغرر إذا كان علمهما فيه سواء[4] . ولعل شريحاً لم يبلغه أيضاً النهى عن بيع الغرر .

الحكم الثانى : فساد عقد بيع الغرر ، أى عدم ترتب أى أثر عليه على رأى جماهير العلماء .

الحكم الثالث : شمول التحريم والفساد لكل بيوع الغرر على الرأى الذى اخترته .

---

(١) فتح البارى ٤ : ٢٨٤ ورواه أيضاً ابن حزم ٨ : ٣٩٩

(٢) فتح البارى ٤ : ٢٨٤ ، والمحلى ٨ : ٣٩١ والمغنى ٤ : ٢٠٠

(٣) فتح البارى ٤ : ٢٨٤ وعمدة القارىء ١١ : ٢٦٥

(٤) المحلى ٨ : ٣٩٩

القسم الثاني

أثر الغرر في العقود والشروط

تمهيد

تقسيم الغرر

يمتاز فقهاء المالكية على سائر الفقهاء بالتوسع فى الحديث عن الغرر ، ومنهم من أفرد له باباً خاصاً ، ووضع له قواعد وضوابط تجمع شتاته ، وسنلخص ما قالة خمسة من هؤلاء الفقهاء فى تقسيم الغرر ، ثم نستخلص منها ومن استقرائنا لفروع الغرر الكثيرة التقسيم الذى نختاره ، والذى سنسير على هداه فى بحث موضوعات هذا الباب .

تقسيم الباجى للغرر :

يرى الباجى أن الغرر يتعلق بالمبيع من ثلاثة أوجه :

الوجه الأول : من جهة العقد ، ويمثل له بـ :

١ — بيعتين فى بيعة .   ٢ — بيع الحصاة .

٣ — بيع العربان .

الوجه الثانى : من جهة الأجل ، وذلك بأن يكون الأجل مجهولاً أو بعيداً ويمثل للأجل المجهول بـ :

١ — البيع إلى موت فلان .   ٢ — البيع إلى الميسرة .

٣ — البيع إلى أن يبيع المبيع وما أشبه ذلك .

الوجه الثالث : من جهة العوض ، وذلك بأن يكون المبيع أو الثمن مجهول الصفة حين العقد ، كشراء الأجنة واشتراطها .

ومن الجهالة فى الثمن أن يبيعه السلعة بقيمتها أو بما يعطى فيها . أو غير مقدور التسليم ، كالعبد الآبق ، والجمل الشارد ، والسلم فى ثمر حائط بعينه .

وقد يكون مقدوراً على تسليمه ، ويكون الغرر فيه من أجل حاله ، كالعبد أو غيره من الحيوان لمرض يمرض يخاف منه الموت [١] .

تقسيم ابن رشد الجد :

ويرى ابن رشد أن الغرر الكثير المانع من صحة العقد يكون فى ثلاثة أشياء :

أحدها : العقد ، والثانى : أحد العوضين ، والثالث : الأجل فيهما أو فى أحدهما .

فأما الغرر فى العقد فهو مثل نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن (١) بيعتين فى بيعة ، (٢) وعن بيع العربان وما أشبه ذلك مما لاجهل فيه ، وإنما حصل الغرر فيه بانعقاده بين المتبايعين على هذه الصفات . (٣) وعن بيع الحصاة على أحد التأويلين . (٤) ومن هذا المعنى بيع المكيل والجزاف فى صفقة واحدة .

وأما الغرر فى الثمن والمثمون أو فى أحدهما ، فإنه يكون بثلاثة أوجه :

أحدها [٢] : الجهل بصفة ذلك أو بمقداره .

ومثل لجهل الصفة بـ (١) بيع الجنين فى بطن أمه . (٢) بيع الغائب على غير صفة . (٣) بيع سلعة بدنانير من غير صفة ، ونقد البلد مختلف .

وأما الغرر بالأجل فى الثمن والمثمون فمثل له ببيع السلعة بثمن إلى قدوم زيد أو إلى موته ، وبالسلم إلى قدوم زيد أو إلى موته [٣] .

---

(١) المنتقى ٥ : ٤١ — ٤٢ .

(٢) لم يرد فى الكتاب غير هذا الوجه ، وجاء بعد المثال الثالث عبارات لا تتفق مع ما قبلها مما يدل على أن فى الكتاب نقصاً .

(٣) المقدمات الممهدات ٢ : ٢٢٢ — ٢٢٤

تقسيم ابن رشد الحفيد :

ويرى ابن رشد أن الغرر يوجد فى المبيعات من جهة الجهل على أوجه :

١ — الجهل بتعيين المعقود عليه .

٢ — « بتعيين العقد .

٣ — « بوصف الثمن والمثمون .

٤ — « بقدر الثمن والمثمون .

٥ — « بأجل الثمن والمثمون .

٦ — « بوجود الثمن والمثمون أو تعذر القدرة عليه .

٧ — « بسلامة الثمن والمثمون .

بيوع الغرر المنطوق بها :

ثم يقول : ومن البيوع التى توجد فيها هذه الضروب من الغرر بيوع منطوق بها ، وبيوع مسكوت عنها ، والمنطوق به أكثره متفق عليه ، وإنما يختلف فى شرح أسمائها ، ويعد منها :

١ — بيع حبل الحبلة . ٢ — بيع مالم يخلق .

٣ — « الثمار حتى تزهى ٤ — « الملامسة .

٥ — « المنابذة . ٦ — « الحصاة .

٧ — المعاومة . ٨ — بيعتين فى بيعة

٩ — بيعاً وسلفاً .

١٠ — بيع السنبل حتى يبيض والعنب حتى يسود .

١١ — بيع المضامين . ١٢ — بيع الملاقيح .

١٣ — بيع الشروط والثنيا[1] .

---

(١) بداية المجتهد ٢ : ١٤٨ — ١٦٥

بيوع الغرر المسكوت عنها :

ويقول ابن رشد عن بيوع الغرر المسكوت عنها : إنها كثيرة ومختلف فيها ، وإنه سيذكر منها ما شهر الخلاف فيه بين فقهاء الأمصار ؛ ليكون كالقانون للمجتهد النظار فى نفس الفقه ، أى فى رد الفروع إلى الأصول . ثم يذكر منها :

١ — بيع الغائب . ٢ — بيع الأعيان إلى أجل .
٣ — « الدين بالدين . ٤ — « ما يثمر بطونا مختلفة .
٥ — « المغيب فى الأرض ٦ — « الجوز واللوز فى قشره .
٧ — « السمك فى الغدير . ٨ — « الآبق .
٩ — « لبن الغنم أياما معدودة .
١٠ — « اللحم فى جلده . ١١ — « المريض .
١٢ — « تراب المعدن والصواغين .
١٣ — « الجزاف[١] .

تقسيم القرافى :

ويرى القرافى أن الغرر والجهالة ، يقعان فى سبعة أشياء :

١ — الوجود كالآبق قبل الإباق[٢] .
٢ — الحصول إن علم الوجود كالطير فى الهواء .
٣ — الجنس كسلعة لم يسمها .
٤ — النوع كعبد لم يسمه .
٥ — المقدار كالبيع إلى مبلغ رمى الحصاة .
٦ — التعيين كثوب من ثوبين مختلفين .

---

(١) بداية المجتهد ٢ : ١٤٨ و ١٥٥ و ١٥٩

(٢) هكذا فى الفروق والتهذيب، ولم أتبين معنى « قبل الإباق » .

٧ — البقاء كالثمار قبل بدو صلاحها[١] .

وزاد فى التهذيب اثنين :

٨ — الأجل .　　٩ — الصفة[٢] .

تقسيم ابن جزى :

أما ابن جزى فيجعل الغرر الممنوع فى البيع عشرة أنواع :

النوع الأول : تعذر التسليم ويمثل له بـ :

١ — البعير الشارد .　　٢ — بيع الجنين فى البطن دون بيع أمه

٣ — بيع الأم واستثناء الجنين فى بطنها .

٤ — بيع مالم يخلق كبيع حبل الحبلة　　٥ — بيع المضامين .

النوع الثانى : الجهل بجنس الثمن أوالمثمون ، ويمثل له بقول البائع « بعتك مافى كمى . . » النوع الثالث : الجهل بصفة أحدهما : ويمثل له بـ :

١ — بعتك ثوبا من منزلى .　٢ — بيع شىء من غير تقليب ولا وصف .

النوع الرابع : الجهل بمقدار أحدهما ويمثل له بـ :

١ — بعت منك بسعر اليوم ، أو بما يبيع الناس ، أو بما يقول فلان .

٢ — بيع القمح فى سنبله أو فى تبنه .　　٣ — بيع تراب الصاغة .

النوع الخامس : الجهل بالأجل ، ويمثل له بـ :

١ — بعتك إلى قدوم زيد أو إلى موت عمرو .

---

(١) الفروق ٣ : ٢٦٥

(٢) تهذيب الفروق ٣ : ٢٧١

النوع السادس : بيعتان فى بيعة .

النوع السابع : بيع مالا ترجى سلامته . ويمثل له بالمريض فى السياق .

النوع الثامن : بيع الحصاة .

النوع التاسع : بيع المنابذة .

النوع العاشر : بيع الملامسة[1] .

التقسيم المختار :

نظرت فى تقسيم فقهاء المالكية للغرر وتتبعت الفروع الكثيرة للغرر عندهم ، وعند غيرهم فخرجت منها بتقسيم يكون - بتوفيق الله - بمثابة الأصول التى ترد إليها جميع فروع الغرر .

وهذا هو التقسيم الذى اخترته :

١ — الغرر فى صيغة العقد .

ويشمل : (١) بيعتين فى بيعة وصفقتين فى صفقة .

(٢) بيع العربان . (٣) بيع الحصاة .

(٤) بيع المنابذة . (٥) بيع الملامسة .

(٦) العقد المعلق والعقد المضاف .

٢ — الغرر فى محل العقد :

ويتفرع هذا القسم إلى الفروع الآتية :

١ — الجهل بذات المحل . ٢ — الجهل بجنس المحل .

---

(١) القوانين الفقهية ٢٤٧ ـ ٢٤٩

٣ — الجهل بنوع المحل ٤ — الجهل بصفة المحل .

٥ — الجهل بمقدار المحل . ٦ — الجهل بأجل المحل .

٧ — عدم القدرة على تسليم المحل .

٨ — التعاقد على المعدوم .

٩ — عدم رؤية المحل .

ولنشرع فى بيان هذه الأقسام ، جاعلين عقد البيع أساساً لموضوعنا ؛ لأنه الأصل الذى ورد النهى عن الغرر فيه ، وهو العقد الذى يمكن أن توجد فيه تطبيقات لكل الأقسام ، ثم أتناول من العقود الأخرى ما يتطلب الموضوع الحديث عنه .

الباب الأول

أثر الغرر فى عقد البيع

الفصل الأول

الغرر فى صيغة العقد

ونعنى بالغرر فى الصيغة : أن العقد انعقد على صفة تجعل فيه غرراً ، أى أن الغرر يتصل بنفس العقد لا بمحله ، فإذا قال شخص لآخر : بعتك دارى هذه بألف إن باع لك فلان داره ، فإن هذا بيع غرر ؛ لأنه مستور العاقبة ، ولكن الغرر فيه لا يتعلق بمحل العقد ، وإنما يتعلق بذاته ، فإن كلا من البائع والمشترى لا يدرى هل يتم البيع أم لا يتم ، ومرد هذا إلى الصفة التى انعقد بها العقد وهى تعليقه على أمر محتمل الحصول .

والحديث فى هذا الفصل يتناول ستة مباحث :

المبحث الأول

بيعتان فى بيعة ، وصفقتان فى صفقة

(ا) بيعتان فى بيعة[1] .

النصوص : السنة .

١ ــ عن أبى هريرة قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين

---

(١) « بيعتان » بكسر الباء على معنى الهيئة ، ويجوز الفتح كما فى فتح البارى ، أما « بيعة » فإنها بفتح الباء لاغير : نهاية المحتاج : ٣ : ٤٣٣

فى بيعة ، وعن لبستين ، أن يشتمل أحدكم الصماء فى ثوب واحد ، أو يحتبى بثوب ليس بينه وبين السماء شىء[(١)] .

٢ ـ عن أبى هريرة قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين فى بيعة[(٢)] .

٣ ـ عن مالك أنه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين فى بيعة[(٣)] .

٤ ـ عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين فى بيعة ، وعن بيع وسلف ، وعن ربح ما لم يضمن ، وعن بيع ما ليس عندك[(٤)] .

٥ ـ عن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، مطل الغنى ظلم ، وإذا أحلت على ملىء فاتبعه ، ولا بيعتين فى واحدة[(٥)]

---

(١) رواه أحمد ، مسند الامام أحمد ٢ : ٤٣٢ ، وجاء هذا الحديث فى ص ٤٧٥ هكذا: « .. ويحتبى بثوب واحد .. » معطوفا بالواو وزيادة « واحد »
وجاء فى فى ص ٥٠٣ هكذا « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين فى بيعة وعن لبستين وأن يحتبى أحدكم فى ثوب وليس بين فرجه وبين السماء شىء ، وعن الصماء اشتمال اليهود ، ووصف لنا محمد جعلها من أحد جانبيه ثم رفعها » .

(٢) أخرجه الترمذى والنسائى . قال أبو عيسى : حديث أبى هريرة حديث حسن صحيح ، والعمل على هذا عند أهل العلم . الجامع الصحيح للترمذى ٣ : ٥٣٣ وسنن النسائى ٧ : ٢٩٥ . ونيل الأوطار ٥ : ٢٤٨ ـ ٢٤٩

(٣) الموطأ بهامش المنتقى ٥ : ٣٦

(٤) أخرجه أحمد فى مسنده فى موضعين مع اختلاف بالتقديم والتأخير وقال الشيخ أحمد محمد شاكر : إسناده صحيح . مسند الإمام أحمد ٢ : ١٧٤ و ١٧٥ و ٢٠٥ ومنتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٥ : ٢٥٢ و ٢٨٣

(٥) أخرجه أحمد مسند الإمام أحمد ٢ : ٧١ ، وأخرجه أيضاً الدارقطنى وابن عبد البر ، نيل الأوطار ٥ : ٢٤٩ وبداية المجتهد ٢ : ١٥٣ ، قال فى مجمع الزوائد ، ورجال أحمد رجال الصحيح مجمع الزوائد ٤ : ٨٥

٦ - عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما ، أو الربا [١] .

ما يستفاد من الأحاديث :

تدل الأحاديث الخمسة الأولى على تحريم بيعتين في بيعة ، وعلى فساد العقد ، أما الحديث السادس فغير مقبول ، للكلام في أحد رواته .

آراء الفقهاء :

اتفق الفقهاء على القول بموجب أحاديث النهى عن بيعتين في بيعة ، فمنعوا أن يبيع الشخص بيعتين في بيعة[٣] ، ولكنهم اختلفوا في تفسير هذه الكلمة أعني في الصور التي يطلق عليها هذا الاسم والتي لا يطلق عليها ، ولهم في ذلك عدة تفاسير :

التفسير الأول :

هو أن يقول البائع : بعتك هذه السلعة بعشرة نقداً ، وبخمسة عشر إلى سنة ، فيقول المشترى : قبلت ، من غير أن يعين بأى الثمنين اشترى .

وهذا تفسير لمالك ، قال في الموطأ في رجل ابتاع سلعة من رجل بعشرة دنانير نقداً ، أو بخمسة عشر ديناراً إلى أجل ، قد وجبت للمشترى بأحد الثمنين : إنه لا ينبغي ذلك .

---

(١) رواه أبو داود . منتقى الأخبار ٠ : ٢٤٨ ، سنن أبي داود ٣ : ٢٧٣

(٢) في إسناد هذا الحديث محمد بن عمرو بن علقمة ، وقد تكلم فيه غير واحد : نيل الأوطار ٥ : ٢٤٩

(٣) بداية المجتهد ٢ : ١٥٣

وقال فى رجل اشترى من رجل سلعة بدينار نقدا ، أو بشاة موصوفة إلى أجل ، قد وجب عليه البيع بأحد الثمنين : إن ذلك مكروه لا ينبغى، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين فى بيعة ، وهذا من بيعتين فى بيعة[١] .

وهو أحد تفسيرى الشافعى فقد قال : هو أن يقول : بعتك بألف نقدا ، أو ألفين إلى سنة . فخذ أيهما شئت أنت وشئت أنا[٢] .

وهو تفسير النسائى فقد قال : بيعتان فى بيعة، هو أن يقول : أبيعك هذه السلعة بمائة درهم نقداً ، وبمائتى درهم نسيئة[٣] .

وهو تفسير الشيعة الزيدية ، ففى البحر الزخار : « بيعتان فى بيعة، هو بيع سلعة بكذا نقدا ، أو بكذا نسيئة[٤] » .

وهو أحد التفاسير التى ذكرها ابن حزم[٥] .

هذا ، ولا خلاف بين الفقهاء فى منع هذه الصورة من البيع إذا كان البيع واجبا ، أى إذا كان البيع قد لزم المشترى بأحد الثمنين على الإبهام ، وافترقا على ذلك[٦] .

---

(١) الموطأ ٥ : ٣٩ ، والمدونة ٩ : ١٥١ وقد نسب ابن قدامة هذا التفسير لمالك ، والثورى ، وإسحق ولكنه لم يذكر : « قد وجبت للمشترى بأحد الثمنين » المغنى ٤ : ٢٣٤ وروى مالك فى الموطأ أن القاسم بن محمد سئل عن البيع بالصورة الأولى فكرهه ونهى عنه .

(٢) نيل الأوطار ٥ : ٢٤٨ — ٢٤٩ ، المجموع ٩ : ٣٢١ — ٣٤٢ ، وفى سبل السلام ٣ : ١٦ : « فأيهما شئت أخذت به » ، وفى نهاية المحتاج ٣ : ٤٣٣ : « خذ بأيهما شئت أنت أو شئت أنا أو شاء فلان ... »

(٣) سنن النسائى ٧ : ٢٩٥ .

(٤) البحر الزخار ٣ : ٣٢٣

(٥) المحلى ٩ : ١٥

(٦) بداية المجتهد ٢ : ١٥٤ ونيل الأوطار ٥ : ٢٤٩ ، والحنفية يجعلون هذه الصورة من باب « شرطين فى بيع » الأصل : ٩١

أما إذا افترقا على أحد البيعتين ، النقـد أو النسيئة ، بأن قال المشترى: اشتريت بخمسة عشر إلى سنة فإن البيع صحيح .

قال الترمذى : وقد فسر بعض أهـل العلم بيعتين فى بيعة بأن يقول : « أبيعك هـذا الثوب بنقد بعشرة ، وبنسيئة بعشرين ، ولا يفارقه على أحد البيعين ، فإذا فارقه على أحدهما فلا بأس إذا كانت العقدة على أحد منهما [١] .

وأما إذا لم يكن البيع لازما فى أحدهما ، وافترقا على أنهما بالخيار، أو على أن أحدهما بالخيار فأجازه مالك ؛ لأنه من باب الخيار عنده [٢] .

علة المنع على هذا التفسير :

علة المنع عند بعض الفقهاء ، هى الغرر الناشىء عن الجهل بمقدار الثمن، فإنه لا يدرى وقت تمام العقد هل الثمن عشرة مثلا ، أو خمسة عشر ؟ وقد صرح بهذا الشيرازى حيث يقول: « وإن قال بعتك بألف نقدا وبألفين نسيئة فالبيع باطل ؛ لأنه لم يعقد على ثمن بعينه فهو كما لو قال: بعتك أحد هذين العبدين » [٣] .

وصرح بها الشوكانى فقال : «والعلة فى تحريم بيعتين فى بيعة ، عدم استقرار الثمن فى صورة بيع الشىء الواحد بثمنين ... » [٤] .

ويقول ابن رشد : وعلة امتناع هـذا الوجه عند الشافعي وأبى حنيفة من جهة جهل الثمن ، فهو عندهما من بيوع الغرر التى نهى عنها [٥].

---

(١) الجامع الصحيح ٣: ٥٣٣

(٢) بداية المجتهد ٢ : ١٥٤ ، والمدونة ٩ : ١٥١ ، ونيل الأوطـار ٥ : ٢٤٩ ، وانظر المنتقى ٥ : ٣٩ ـ ٤٠ فقد ذكر فيه تفصيلا للمالكية .

(٣) المهذب ١ : ٢٦٦ . هذه الصورة من البيع التى ذكرها الشيرازى اختلف الفقهاء فى جوازها، وسيأتى الكلام عنها فى خيار التعيين ، انظر ص ٩٣ وما بعدها .

(٤) نيل الأوطار ٥ : ٢٥٠ .

(٥) بداية المجتهد ٢: ١٥٤ .

ولكن مالكا يعلل المنع : « بأن المشترى إن أخر العشرة كانت خمسة عشر إلى أجل ، وإن نقد العشرة كان إنما اشترى بها الخمسة عشر التى إلى أجل »[١] فعلة المنع عند مالك سد الذريعة الموجبة للربا ، لأنه يمكن أن يكون الذى له الخيار قد اختار أولا إنفاذ البيع بأحد الثمنين المؤجل أو المعجل ، ثم بدا له فلم يظهر ذلك وعدل إلى الثمن الآخر ، فيكون كأنه باع أحد الثمنين بالثانى ، فيدخله ثمن بثمن نسيئة ، أو نسيئة ومتفاضلا[٢] .

التفسير الثانى :

هو أن يبيع الرجل سلعة لآخر على أن يبيعه الآخر سلعة أخرى ، كأن يقول له : بعتك هذه الدار بألف على أن تبيعنى سيارتك هذه بخمسمائة .

هذا تفسير آخر للشافعى ، قال فى الأم : « ولا خير فى أن أبيعك تمرا بعينه أو موصوفا بكذا على أن تبتاع منى تمرا بكذا ، وهذا بيعتان فى بيعة »[٣] .

وقال الترمذى : قال الشافعى : « ومن معنى نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيعتين فى بيعة ، أن يقول : أبيعك دارى هذه بكذا على أن تبيعنى غلامك بكذا ، فإذا وجب لى غلامك وجبت لك دارى ، وهذا يفارق عن بيع بغير ثمن معلوم ، ولا يدرى كل واحد منهما على ما وقعت عليه الصفقة »[٤] .

---

(١) الموطأ ٥ : ٣٩

(٢) بداية المجتهد ٢ : ١٥٤ ، ومع تصريح مالك بعلة المنع هذه فإن من فقهاء المالكية من علل المنع بالجهل بالثمن حال البيع ، انظر الدسوقى على الشرح الكبير ٣ : ٥١ . وهذا أولى عندى ، لأنه تعليل ظاهر ، أما تعليل مالك فيستند إلى احتمال بعيد .

(٣) الأم ٣ : ٦٧

(٤) الجامع الصحيح للترمذى ٣ : ٥٣٣ ، وانظر نيل الأوطار ٥ : ٢٤٩ ، وبداية المجتهد ٢ : ١٥٣ ، وفتح القدير ٥ : ٢١٨ .

ولا فرق بين أن يكون البيع الثانى من المشترى أومن غيره، كأن يقول: بعتك دارى بكذا على أن يبيعنى فلان داره بكذا ، أو على أن تشترى منى أو يشترى منى فلان كذا بكذا [١] .

وهو تفسير الحنفية [٢] .

وهو تفسير الحنابلة أيضا ، قال ابن قدامة :« وإذا قال: بعتك بكذا على أن آخذ منك الدينار بكذا لم ينعقد البيع ، لأنه شرط فى العقد أن يصارفه بالثمن الذى وقع العقد به، والمصارفة عقد بيع فيكون « بيعتان فى بيعة »، قال أحمد : هذا معناه ».

وهكذا كل ما كان فى معنى هذا ، مثل أن يقول : بعتك دارى هذه على أن أبيعك دارى الأخرى بكذا ، أو على أن تبيعنى دارك [٣] .

وهو أحد تفاسير ابن حزم [٤] .

علة المنع على التفسير الثانى :

يعلل الشافعى المنع هنا بجهالة الثمن ، قال فى الأم : « ولا خير فى أن أبيعك تمرا بعينه،ولا موصوفا بكذا على أن تبتاع منى تمرا بكذا ، وهذان بيعتان فى بيعة ، لأنى لم أملك هذا بثمن معلوم،إلا وقد شرطت عليه فى ثمنه ثمنا لغيره . فوقعت الصفقة على ثمن معلوم،وحصة فى الشرط فى هذا البيع

---

(١) نهاية المحتاج ٣ : ٤٣٣ .

(٢) المبسوط ١٣ : ١٦ وفتح القدير ٥ : ٢١٨ ،ويعتبر الحنفية التفسير الأول من باب النهى عن شرطين فى بيع ، الأصل : ٩١ .

(٣) المغنى ٤ : ٢٣٣ — ٢٣٤ .

(٤) المحلى ٩ : ١٥ .

مجهولة ، وكذلك وقعت فى البيع الثانى، والبيوع لا تكون إلا بثمن معلوم[1] » .

فالثمن فى كل من البيعتين مجهول ، لأنه لو أفرد المبيعين لم يتفقا فى كل واحد منهما على الثمن الذى اتفقا عليه فى المبيعين فى عقد واحد ، فالأصل عند الشافعى فى رد بيعتين فى بيعة هو جهل الثمن[2] .

وعلل الشوكانى المنع بالتعليق بالشرط المستقبل[3] .

التفسير الثالث :

هو أن يسلفه دينارا فى قفيز حنطة إلى شهر ، فلما حل الأجل وطالبه بالحنطة قال : بعنى القفيز الذى لك علىّ إلى شهرين بقفيزين ، فصار ذلك بيعتين فى بيعة ، لأن البيع الثانى قد دخل على الأول

وهذا ما فى شرح السنن لابن رسلان[4] .

هذا تفسير بعيد عن معنى بيعتين فى بيعة، ولهذا فإنه لا يدخل فى التفسير الذى اخترته[5] .

وعلة المنع على هذا التفسير هى الربا[6] .

التفسير الرابع

وفسر الباجى بيعتين فى بيعة بتفسير عام نسبه إلى الفقهاء فقال : « وقال الفقهاء فى معنى بيعتين فى بيعة : « أن يتناول عقد البيع بيعتين على ألا تتم منهما إلا واحدة مع لزوم العقد » .

---

(١) الأم : ٣ : ٦٧

(٢) بداية المجتهد ٢ : ١٥٣

(٣) نيل الأوطار ٥ : ٢٥٠

(٤) نيل الأوطار ٥ : ٢٤٩

(٥) انظر ص ٨٩

(٦) نيل الاوطار ٥ : ٢٥٠

ومثل لذلك، بما إذا تبايعا هذا الثوب بدينار، وهذا الثوب الآخر بدينارين، على أن يختار أحدهما أى الثوبين، وقد لزمهما ذلك أو لزم أحدهما[1].

علة المنع على التفسير الرابع :

المنع فى هذه الصورة من باب سد الذرائع عند مالك، لأنه يقدر عليه أنه قد أخذ أحد الثوبين بالدينار، ثم تركه وأخذ الثوب الآخر ودفع دينارين، فصار إلى أن باع ثوبا وديناراً بثوب ودينارين، وذلك لا يجوز على أصل مالك[2].

والمنع عند غيره للغرر[3]؛ لأن المتبايعين افترقا على بيع غير معلوم.

بيع أحد ثوبين من صنف واحد بثمن واحد :

هذا ولا يدخل فى « بيعتين فى بيعة » عند المالكية ما إذا باعه أحد هذين الثوبين بدينار على أن يختار أحدهما، وقد لزمهما ذلك أو لزم البائع، وذلك لأن معنى بيعتين فى بيعة، أن تكون كل واحدة من البيعتين مقصودة لجنسها، مختصة كل واحدة منهما بغرض غير غرض الأخرى، وذلك موجود فيما إذا اختلف الثمنان، أو اختلف المبيعان لاختلاف جنسهما، أو لتباين الجودة التى لا يتساوى معها الثمن، أما إذا تساوى الثمنان

---

(١) المنتقى ٥ : ٣٦

منع عبد العزيز بن أبى سلمة البيع بهذه الصفة إذا كان بنقدين مختلفين، وجوزه إذا كان بنقد واحد، كما فى هذا المثال، المصدر السابق، وقال ابن رشد : إن هذا البيع جائز عنده سواء أكان النقد واحداً أم مختلفاً، بداية المجتهد ٢ : ١٥٤، وفيه أن المنع هو رأى الجميع. وانظر المقدمات الممهدات ٢ : ٢٢٧ والشرح الكبير للدردير ٣ : ٥١، وهذا البيع يدخل فى خيار التعيين الجائز عن الحنفية، وسيأتى الكلام عنه

(٢) المنتقى ٥ : ٣٦ وبداية المجتهد ٢ : ١٥٤

(٣) بداية المجتهد ٢ : ١٥٤ وانظر مبحث الجهل بذات المحل

وتساوت الجودة، أو تقاربت تقارباً يكون فى معنى التساوى، فإنه لا تختص كل واحدة من البيعتين بغرض، فلم تكن بيعة [١].

والضابط عند المالكية أنه متى اختلف أحد العوضين بالجنس أو القدر المقصود، أو بالنقد والتأجيل فهو من معنى بيعتين فى بيعة المنهى عنه [٢].

صور اخرى من بيعتين فى بيعة :

ابتع لى هذه السلعة بنقد حتى ابتاعها منك إلى أجل :

ومن الصور التى أدخلها بعض الفقهاء فى بيعتين فى بيعة، أن يطلب الرجل من الرجل أن يشترى له سلعة بنقد، ليشتريها منه الى أجل.

وقد كان عبد الله بن عمر ينهى عن هذا البيع، فقد روى مالك فى الموطأ: « أنه بلغه أن رجلا قال لرجل: ابتع لى هذا البعير بنقد حتى أبتاعه منك إلى أجل، فسأل عن ذلك عبد الله بن عمر فكرهه ونهى عنه » [٣].

وقد ذكر مالك هذه المسألة فى باب بيعتين فى بيعة، فكأنه يرى أن ابن عمر يعتبرها داخلة فيما نهى عنه من بيعتين فى بيعة.

قال الباجى: « ولا يمتنع أن يوصف بذلك من جهة أنه انعقد بينهما أن المبتاع للبعير بالنقد إنما يشتريه على أنه قد لزم مبتاعه بأجل بأكثر من ذلك الثمن، فصار قد انعقد بينهما عقد بيع تضمن بيعتين، إحداهما الأولى وهى بالنقد،

---

(١) المنتقى ٥ : ٣٧ وما ذكرته هو أحد احتمالين أوردهما الباجى لتبرير جواز البيع بهذه الصورة، والاحتمال الآخر هو أن هذه الصورة من بيعتين فى بيعة، لكنها جازت لخلوها من الغرر، والقول بالجواز هو الأظهر فى مذهب المالكية، لأن مالكا يجيز الخيار بعد عقد البيع فى الأصناف المستوية لقلة الغرر، وفى كتاب محمد قال مالك: لاخير فيه.

(٢) المنتقى ٥ : ٤٠، وانظر الشرح الكبير للدردير ٣ : ٥١

(٣) الموطأ ٥ : ٣٨

والثانية المؤجلة [١].

شراء الثوب بنقد وبيعه لبائعه بأجل :

ومنها ما إذا اشترى رجل من آخر ثوباً بمائة نقداً على أن يبيعه له بمائة وخمسين إلى أجل ، فإن ذلك لا يجوز بإجماع ؛ لأنه من باب العينة [٢].

التفسير المختار :

والتفسير المختار عندى أن يقال : بيعتان فى بيعة ، هوأن يتضمن العقد الواحد بيعتين ، سواء أكان على أن تتم واحدة منهما ، كما فى : بعتك هذه السلعة بألف نقداً وبألفين إلى أجل ،أم على أن تتم البيعتان معاً كما فى : بعتك دارى بألف على أن يبيعنى فلان سيارته بخمسمائة ؛ لأنه المعنى الذى يشمل كل الصور التى يحتملها لفظ الحديث .

وعلة المنع على هذا هى الغرر فى العقد ، فإن الذى يبيع داره على أن يبيعه فلان سيارته لايدرى،هل يتم البيع أم لا ؛ لأن تمام البيع الأول متوقف على تمام البيع الثانى ، والذى يبيع السلعة بألف نقداً وبألفين نسيئة لا يدرى أى البيعتين تم ، فالغرر فى الحالين موجود ، إما فى حصول البيع كما فى الصورة الأولى ، وإما فى تعيينه كما فى الصورة الثانية ، وواضح أن الغرر هنا يرجع إلى صيغة العقد لا إلى محله .

ولا يمنع هذا التعليل الذى اخترته من أن تكون هناك علة أخرى لمنع العقد ، فإن العقد قد يمنع لأكثر من علة ، فقد رأينا بعض الفقهاء يعلل المنع

---

(١) المنتقى ٥ : ٣٨ . وتدخل هذه المسألة فى « بيع ما ليس عنده » لأن المشترى بالنقد قد باع إلى المشترى بالأجل السلعة قبل أن يملكها كما تدخل فى « بيع العينة »،لأن هذا البيع يتضمن سلفا بزيادة،لأن البائع يشترى السلعة بعشرة نقداً على أن يبتاعها منه المشترى بعشرين إلى أجل . قال الباجى : والعينة فيها أظهر.المنتقى ٥ : ٣٩

(٢) بداية المجتهد ٢ : ١٥٤ أورد هذا المثال ابن رشد فى « بيعتين فى بيعة » .

فى صورة من صور بيعتين فى بيعه بالغرر ، وبعضهم يعلله فى نفس الصورة بالربا[1] ، كما أن الغرر قد يدخل العقد من أكثر من باب ، فقد رأينا بعض الفقهاء يعلل المنع فى بعض الأمثلة بالغرر فى صيغة العقد ، وبعضهم يعلله فى نفس المثال بالغرر الناشىء عن الجهل بالثمن ، وقد اخترت الاتجاه الذى يجعل العلة هى الغرر فى صيغة العقد ، لأنه يعم جميع الصور .

(ب) صفقتان فى صفقة

١ ـ عن سماك ، عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود ، عن أبيه قال : نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن صفقتين فى صفقة واحدة[2] .

يدل هذا الحديث على تحريم صفقتين فى صفقة ، وعلى فساد العقد .

معنى صفقتين فى صفقة :

فسر سماك[3] صفقتين فى صفقة ، بأن يبيع الرجل البيع فيقول : هو بنسا بكذا وكذا ، وهو بنقد بكذا وكذا[4] .

وهو أيضاً تفسير أبى عبيد القاسم بن سلام فقد قال : صفقتان فى صفقة أن يقول الرجل للرجل : أبيعك هذا نقداً بكذا ونسيئة بكذا ويفترقان عليه[5] .

---

(١) الواقع أن المنع فى بيعتين فى بيعة لايخرج عن هاتين العلتين ، الغرر والربا .

(٢) رواه أحمد وأخرجه أيضاً البزار والطبرانى فى الكبير والأوسط .منتقى الأخبار ٥ : ٢٤٨ ،ومسند الإمام أحمد ١ : ٣٩٨ ، ولفظ الطبرانى فى الأوسط : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لاتحل صفقتان فى صفقة » ،ولفظه فى الكبير: « الصفقة بالصفقتين ربا » ،وهو موقوف، نيل الأوطار ٥: ٢٤٩ ، ومجمع الزوائد ٤: ٨٤ قال فى مجمع الزوائد :رجال أحمد ثقات . . مجمع الزوائد ٤ : ٨٤ . ولكن البزار أعل بعض طرقه ورجح وقفه وبالوقف رواه أبو نعيم وأبو عبيد القاسم بن سلام .. فتح القدير ٥: ٢١٨ .

(٣) سماك هو أحد رواة حديث النهى عن صفقتين فى صفقة .

(٤) مسند الإمام أحمد ١ : ٣٩٨

(٥) فتح القدير ٥ : ٢١٨

وهذا هو عين التفسير الأول[1] الذى فسر به بعض الفقهاء بيعتين فى بيعة .

الفرق بين « بيعتين فى بيعة »، و« صفقتين فى صفقة » :

لا يفرق بعض شراح الحديث بين « صفقتين فى صفقة » و « بيعتين فى بيعة »، فالشوكانى يقول : « ومعنى صفقتين فى صفقة بيعتان فى بيعة[2] ».

وهذا ليس بصحيح، فإن « بيعتين فى بيعة » أخص من « صفقتين فى صفقة »، لأنه فى نوع خاص من الصفقات هو البيع[3] ، أما صفقتان فى صفقة فإنه يشمل البيع وغيره من الصفقات ، فيدخل فيه الجمع بين عقدين فى عقد واحد أيا كان نوع العقدين ، فالجمع بين البيع والإجارة ، أو البيع والإعارة أو البيع والزواج ، والجمع بين البيع والسلف ، أو البيع والشرط ، كل ذلك ونحوه من صفقتين فى صفقة .

هل يتناول النهى كل ما يصدق عليه لفظ صفقتين فى صفقة ؟:

لفظ الحديث عام ، ولكنى لا أعلم أحداً أخذ بعمومه ، فمنع كل ما يصدق عليه صفقتين فى صفقة ، فالفقهاء جميعاً متفقون على أن المنهى عنه ، الجمع بين بعض الصفقات ، ولكنهم يختلفون فى تحديد تلك الصفقات[4] . وسنبين فيما يلى بعض صور صفقتين فى صفقة ، وخاصة ما ورد فيها نص لنتبين منها وجهة نظر الفقهاء فى تطبيق الحديث فنتكلم عن :

سلف وبيع . وبيع وشرط ، وشرطين فى بيع .

---

(١) ص ٨١

(٢) نيل الأوطار ٥ : ٢٥٠

(٣) فتح القدير ٥ : ٢١٨

(٤) المالكية يمنعون الجمع بين كل عقدين بينهما تضاد ، ولذلك نصوا على أنه لا يصح الجمع بين البيع وبين أحد العقود الستة وهى الجعالة ، والمساقاة ، والقراض ، والصرف ، والشركة ، والنكاح ، وذلك لأن الثلاثة الأولى تصح مع الغرر والجهالة ، والبيع لا يقبل الغرر. الفروق ٣ : ١٤٢ وتهذيب الفروق ٣ : ١٧٧

(١) سلف وبيع

١ ـ ... حدثنى عمرو بن شعيب . حدثنى أبى ، عن أبيه قال : ذكر عبد الله بن عمرو قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يحل سلف وبيع ولا شرطان فى بيع ، ولا ربح ما لم يضمن ، ولا بيع ما ليس عندك(١) .

٢ ـ عن مالك أنه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع(٢) وسلف(٣) .

وتفسير بيع وسلف كما يقول مالك : « أن يقول الرجل للرجل : آخذ سلعتك بكذا وكذا على أن تسلفنى كذا وكذا(٤) » .

يؤخذ من هذه الأحاديث عدم جواز الجمع بين بيع وسلف ، وقد حكى ابن رشد اتفاق الفقهاء على ذلك ، وقال ابن قدامة لا أعلم فيه خلافا(٥) .

---

(١) أخرجه أحمد ، وأبو داود ، والترمذى ، والنسائى . هذه رواية أحمد، وعند أبى داود والترمذى والنسائى ، حتى » بدل « قال » . مسند الامام أحمد ٢ : ١٧٨ ـ ١٧٩ ، وسنن أبى داود ٣ : ٣٨٤ ، والترمذى ٣ : ٥٣٥ ، وسنن النسائى ٧ : ٢٩٥ مع اختلاف يسير فى اللفظ، ونيل الأوطار ٥ : ٢٥٢ . وأخرجه ابن حبان والحاكم بلفظ : « لايحل سلف وبيع ، ولا شرطان فى بيع .. نيل الأوطار ٥ : ٢٥٢و٢٨٣ . الحديث صححه ابن خزيمة . وقال الترمذى: حسن صحيح . نيل الأوطار ٥ : ٢٥٢و٢٨٣ والجامع الصحيح للترمذى ٣ : ٥٣٦ . وأخرج هذا الحديث الإمام أحمد عن طريق آخر بلفظ : ... عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن سلف وبيع ، وعن بيعتين فى بيعة ، وعن بيع ماليس عندك ، وعن ربح مالم يضمن» . مسند الإمام أحمد ٢ : ٢٠٥ ، ونيل الأوطار ٥ : ٢٥٢

(٢) هكذا وردت فى الموطأ بتقديم بيع على سلف

(٣) الموطأ بهامش المنتقى ٥ : ٢٩

(٤) المصدر السابق

(٥) بداية المجتهد ٢ : ١٦٢ ، وانظر فيه آراء الفقهاء إذا ترك الشرط قبل القبض ، والمغنى ٤ : ٢٩٠

(ب) شرطان فى بيع

ورد النهى عن شرطين فى بيع مع النهى عن سلف وبيع فى حديث واحد وقد ذكرنا هذا الحديث عند الكلام عن سلف وبيع [١].

معنى شرطين فى بيع :

قيل فى تفسير شرطين فى بيع : هو أن يقول البائع : بعتك هذه السلعة بألف نقداً ، أو بألفين نسيئة .

وهذا تفسير البغوى، وهو مروى عن زيد بن على وأبى حنيفة [٢] ، ومثله عند أبى حنيفة ، مالو باعه إلى أجلين ، بأن يقول : هو إلى أجل كذا بكذا وكذا ، وإلى أجل كذا بكذا وبكذا ، ويفترقان على هذا [٣] .

وقيل هو أن يقول : بعتك ثوبى بكذا وعلى قصارته وخياطته [٤] .

وهذا التفسير أظهر من الأول ، وفيه زيادة فائدة، لأن التفسير الأول هو عين ما تقدم فى تفسير بيعتين فى بيعة ، وفى تفسير صفقتين فى صفقة [٥] .

قال الشوكانى: اتفق العلماء على عدم صحة البيع الذى فيه شرطان [٦] .

واعترض على من جوز الشرط الواحد فى البيع، ومنع الشرطين بأن الشرط الصحيح ، ينبغى ألا يؤثر فى البيع وإن كثر ، فإذا جاز أن يشترى الشخص

---

(١) انظر ص ٩٢ .

(٢) نيل الأوطار ٥ · ٢٧٣ والأصل ٩١

(٣) الأصل ٩١و١١٨ ، أما إذا ساومه إلى أجلين ، ثم قاطعه على واحد منهما فأمضى البيع فهو جائز .

(٤) نيل الأوطار ٥ : ٢٨٣

(٥) انظر ص ٨١ و٩١

(٦) نيل الأوطار ٥ : ٢٨٤

ثوبا ويشترط خياطته أو قصارته فلم لا يجوز أن يشترى الثوب ويشترط خياطته وقصارته معاً ؟.

رد بأن فى الشرط الواحد غرراً يسيرا ،وفى الشرطين غرراً كثيراً،ولا يلزم من احتمال الغرر اليسير احتمال الغرر الكثير(١).

(ج) بيع وشرط

عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده : قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط(٢).

وقد اختلف الفقهاء اختلافا كبيراً فى العمل بهذا الحديث ، وذلك لو رود أحاديث أخرى تعارضه ، فأخذ به الحنفية والشافعية فى الجملة ، ولم يأخذ به الحنابلة ، وأخذ به المالكية فى موضعين ، أحدهما الشرط الذى يناقض مقتضى العقد ، والثانى الشرط الذى يعود بخلل فى الثمن(٣) .

ونذكر فيما يلى مثالين لاجتماع البيع والشرط وآراء الفقهاء فيهما :

أحدهما : ما إذا باع شخص سلعة واشترط شرطا فيه منفعة له ، كما إذا باع داراً على أن يسكنها شهراً .

---

(١) الشرح الكبير على المقنع ٤ : ٥٣ .

(٢) رواه عبدالحق فى أحكامه: الحطاب ٤ : ٣٧٣ ، ورواه أبو حنيفة ، وقال ابن رشد : روى عن أبى حنيفة أنه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط . بداية المجتهد ٢ : ١٦٠ قال ابن عرفه لا أعرف هذا الحديث إلا من طريق عبد الحق. الحطاب ٤ : ٣٧٣ .
وقال ابن قدامة المقدسى : حديث النهى عن بيع وشرط ليس له أصل ، وقد أنكره أحمد ، ولا نعرفه مروياً فى مسند ، فلا يعول عليـــه ، الشرح الكبير على المقنع ٤ : ٥٣ ، وقال فى مجمع الزوائد : وفى طريق عبد الله بن عمرو مقـــال . مجمع الزوائد ٤ : ٨٥ .

(٣) بداية المجتهد ٢ : ١٦٠ ، والمبسوط ١٣ : ١٣ ، والحطاب ٤ : ٣٧٣ ، والمهذب ١ : ٢٦٨ والشرح الكبير على المقنع ٤ : ٤٩ .

فهذا البيع لا يجوز عند الحنفية ؛ لأن هذا من صفقتين فى صفقة ، فإنه إما أن يكون إجارة فى بيع إذا كانت السكنى يقابلها شىء من الثمن ، أو يكون إعارة فى بيع إذا كانت السكنى لا يقابلها شىء من الثمن [1].

ولا يجوز البيع مع هذا الشرط عند الشافعية أيضاً ؛ لأنه شرط ينافى مقتضى العقد ؛ ولما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط [2].

ويجوز عند المالكية أن يبيع الدار ويشترط سكناها مدة يسيرة مثل الشهر ، وقيل السنة ؛ لأن هذا شرط فيه منفعة يسيرة للبائع لا تعود بمنع التصرف فى أصل المبيع ، والشرط الذى يكون بهذه الصفة جائز عندهم عملا بحديث جابر [3]

والحنابلة كالمالكية يجيزون بيع الدار مع شرط السكنى مدة معلومة ، فالأصل عندهم أن اشتراط البائع نفع المبيع مدة معلومة جائز ، ولكنى لم أر للحنابلة تقييداً بالمدة اليسيرة ، كما فعل المالكية ، وإن كانوا يمثلون بالسكنى شهراً وسنة .

وحجتهم فى هذا حديث جابر ، كالمالكية [4].

ثانيهما : ما إذا اشترى شخص سلعة وشرط شرطا فيه منفعة له ، كما إذا اشترى ثوباً على أن يخيطه البائع قميصاً .

---

(١) فتح القدير ٥ : ٢١٧ وفى هذا البيع شرط فاسد ، لأنه شرط لا يقتضيه العقد ، وفيه منفعة لأحد العاقدين ، فيفسد به البيع . وانظر المدخل للفقه الإسلامى للدكتور محمد سلام مدكور ٦٥٠

(٢) المهذب ١ : ٢٦٨ ، ونهاية المحتاج ٣ : ٤٣٣ أو ٥٨

(٣) بداية المجتهد ٢ : ١٦١.

(٤) الشرح الكبير على المقنع ٤ : ٤٩ ، وفيه أن هذا قول الأوزاعى ، وأبى ثور ، وإسحاق وابن المنذر .

إذا اشترى شخص ثوبًا على أن يقطعه البائع ، ويخيطه قميصا ، فالبيع فاسد عند الحنفية،لأن الخياطة يقابلها شيء من الثمن،فهو شرط إجارة في بيع ، فيكون من صفقتين في صفقة(١) .

والبيع فاسد أيضًا عند الشافعية ، لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط ، ولأنه شرط ينافي مقتضى العقد (٢)،وهو جائز عند المالكية على أصل مذهبهم .

وجائز أيضًا عند الحنابلة ، قال ابن قدامة المقدسي :« ويصح أن يشترط المشترى نفع البائع في المبيع ، مثل أن يشترى ثوبًا ويشترط على بائعه خياطته قميصاً ... أو حزمة حطب ويشترط حملها إلى موضع معلوم(٣) » .

وعلة المنع في كل هذه المسائل هي الغرر ، يفتتح ابن رشد كلامه عن « بيوع الشروط والثنيا » بقوله : وهذه البيوع ، الفساد الذى يكون فيها هو راجع إلى الفساد الذى يكون من قبل الغرر ، ولكن لما تضمنها النص وجب أن تجعل قسما من أقسام البيوع الفاسدة على حدة(٤) .

تعدد الصفقة في القانون الروماني :

كان العقد في القانون الروماني في مراحله الأولى تسوده البساطة التامة . فكان لا يشتمل إلا على صفقة واحدة ، ولا ينشيء إلا حقا واحدا ، وبقدر تعدد الصفقات والحقوق كان من الواجب أن تتعدد العقود .

---

(١) فتح القدير ٥ : ٢٢١ والشرط الذى فى هذا البيع شرط فاسد،لأنه شرط لا يقتضيه العقد ، وفيه منفعة أحد العاقدين فيفسد البيع . وقد ذكر الكمال أن هذا البيع فاسد بإجماع الأئمة الأربعة . وهو خلاف الصواب .

(٢) المهذب ١ : ٢٦٨ ونهاية المحتاج ٣ : ١٤٣ و ٥٨

(٣) الشرح الكبير على المقنع ٤ : ٤٩

(٤) بداية المجتهد ٢ : ١٥٩

فلا يجوز أن يجتمع حق عيني وحق شخصي فى عقد واحد . فإذا أراد المولى أن يعتق عبده ، وأراد فى الوقت ذاته أن يخدمه العبد بعد العتق، لا يستطيع أن يجمع فى عقد واحد بين العتق واشتراط الخدمة ، بل كان عليه أن يعتق العبد بتصرف قانونى قائم بذاته غير مقترن بشرط ، ثم يشترط عليه الخدمة فى عقد آخر متميز عن التصرف الذى تضمنه الإعتاق .

ولا يجوز أيضاً أن يجتمع حقان عينيان فى عقد واحد ، فإذا أراد المالك أن ينقل ملكية عقاره إلى شخص آخر ، على أن ينشىء لمصلحته حق ارتفاق على هذا العقار لا يستطيع أن ينقل ملكية العقار كاملة ، ويشترط فى العقد نفسه إنشاء حق الارتفاق ، بل كان ينقل حق الملكية منقوصا منه حق الارتفاق .

وكذلك لا يجوز أن يجتمع حقان شخصيان فى عقد واحد ، كبيع وإيجار أو بيع وقرض ، ذلك أن الصناعة القانونية كانت تقضى بأن يكون لكل عقد صيغة خاصة لا ينعقد إلا بها ، وكان يراد بذلك تبسيط التعاقد ، فلا تجتمع صفقات متعددة فى عقد واحد ، حتى لا يتعقد التعامل[1] .

ويرى اهرنج أن الصناعة القانونية المهذبة فى نظام قانونى محكم تقتضى فى مراحلها الأولى تبسيط الفكرة القانونية عن طريق التقسيم والتحليل ، وأول مبادىء هذا التبسيط هى الوحدة : الوحدة فى الدعوى والوحدة فى التصرف القانونى ، ذلك أن أولى ضرورات الصناعة القانونية هى الاستقرار وثبات التعامل ، ثم أن حاجات الحياة تقتضى التجديد والتطور ، فيجب التوفيق ما بين الاستقرار والثبات من جهة ، والتجديد والتطور من جهة أخرى ،

(١) روح القانون الرومانى لاهرنج ، تلخيص الدكتور السنهورى فى مصادر الحق ٣ : ١٦٠ — ١٦٢

ومبدأ الوحدة يهيء الفرصة لهـذا التوفيق ، فالوحدة ترسم دعائم الاستقرار والثبات،ثم هي تصلح أساساً صلبا يقوم عليه بناء شامخ من التجديد والتطور[1].

ويقول الدكتور السنهوري : إن فكرة وحدة الصفقة في العقد الواحد ، لم يخلص منها أي نظام قانوني مهذب في مراحله الأولى من التطور ، ويرى أن الفقه الإسلامي استغنى بهذه الفكرة وأمثالها كفكرة اللفظية ، وفكرة مجلس العقد ـ عن الشكلية في العقود ، تلك الشكلية التي بدأت في القانون الروماني رسوما وأوضاعا ساذجة ، وجاءت في الفقه الإسلامي ضروبا من الشكلية أكثر تهذيبا[2].

ويأخذ الدكتور السنهوري من وجود فكرة تعدد الصفقة في الفقه الإسلامي دليلا على أنه لم ينقل عن القانون الروماني ، كما يقول بعض المستشرقين ، ذلك لأن الفقه الإسلامي لو نقل عن القانون الروماني ما رأينا لفكرة تعدد الصفقة فيه أثراً ، بل لرأيناه أغفلها كما أغفلها القانون الروماني عندما وصل إلى المرحلة التي قيل أن الفقه الإسلامي نقل عنه فيها ، ولكن على النقيض من ذلك ، نرى الفقه الإسلامي لاسيما المذهب الحنفي متأثراً بهذه الفكرة كل التأثر مما يقطع في أنه تطور تطوراً مستقلا بعيداً عن القانون الروماني واجتاز مثله مراحل التطور نفسها دون أن يتأثر به[3].

وأرى أن مسلك الفقه الإسلامي يحقق استقرار المعاملات ، بتقريره مبدأ منع تعدد الصفقة وجعله الأصل ، وهو في نفس الوقت لا يحول دون

---

(١) مصادر الحق ٣ : ١٥٤

(٢) المصدر السابق ٣ : ١٥٣

(٣) المصدر السابق ٣ : ١٥٤و١٦٧

التطور المنشود للمعاملات ، وذلك لأن منع تعـدد الصفقة يرجع إلى نظرية الغرر ، وهى نظرية قابلة للتطور بطبيعتها ، ثم إن النص الذى ينهى عن تعدد الصفقة نص عام ، وقد رأينا اتفاق الفقهاء على عدم الأخذ بعمومه ، واختلافهم فيما يصدق عليه ، وهـذا يفتح المجـال للاجتهـاد فى تطبيق النص ، وإذا انفتح باب الاجتهاد فى المسألة فقد أصبحت قابلة للتطور بما يحقق المصلحة فى الحدود المرسومة للاجتهاد .

المبحث الثانى

بيع العربان[1]

النصوص : السنة :

١ — يحيى عن مالك عن الثقة عنده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العربان[2] .

---

(١) العربان والعربون بضم العين، والعربان والعربون بفتح العين والراء، وتبدل العين همزة أعجمى معرب ، يقال أعرب فى بيعه وعربن إذا أعطى العربون ، القاموس المحيط والمصباح

(٢) رواه مالك فى الموطأ .الموطأ بهامش المنتقى ٤ : ١٥٧ . هذا الحديث ضعفه جماعة من رجال الحديث منهم الإمام أحمد. المغنى ٤ : ٢٣٣ . وقال النووى : مثل هذا لا يحتج به عند أصحابنا ، ولا عند جماهير العلماء . المجموع شرح المهذب ٩ : ٣٣٤ . والضعف يدخل هذا الحديث من وجهين : الأول : إبهام الثقة الذى رواه عنه مالك . الثانى : رواية عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده . فقد ذهب قوم إلى ترك الاحتجاج بها : منهم أبو داود ، وابن حبان ، وابن عدى ، وابن معين فى رواية عنه . قال ابن حبان: إن أراد جده عبد الله فشعيب لم يلقه، فيكون منقطعاً ، وإن أراد محمداً فلا صحبة له، فيكون مرسلا .

وقال ابن معين: رواية عمرو عن أبيه عن جده كتاب ووجادة ، فمن هنا جاء ضعفه لأن التصحيف يدخل على الراوى من الصحف ، ولذا تجنبها أصحاب الحديث .

وصحح الحديث جماعة آخرون ، وقالوا عن المطعن الأول: إن سند الحديث وإن كان ضعيفا لإبهام الثقة الذى رواه عنه مالك إلا أن الحديث فى ذاته صحيح لمعرفة هذا الثقة ، فقد قال ابن عبد البر : الأشبه أنه ابن لهيعة . وقال ابن عدى : ويقال إن مالكا سمع هذا الحديث عن ابن لهيعة .

وقالوا عن المطعن الثانى — رواية عمر بن شعيب عن أبيه عن جده — : المراد بجده عبد الله الصحابى لا محمد التابعى ، وسماع شعيب عن عبد الله ثابت ، وهو الذى رباه لما مات أبوه محمد .

قال فى تدريب الراوى : وذهب آخرون إلى الاحتجاج بها — رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده — وهم أكثر المحدثين وهو الصحيح المختار الذى عليه المحققون من أهل الحديث مسند الإمام أحمد بشرح الأستاذ أحمد محمد شاكر ١١ : ١٣ ، وتدريب الراوى ٢٢١ وصحيح الترمذى بشرح ابن العربى ٣ : ١٣٧ .

وقد روى حديث النهى عن بيع العربان من طرق أخرى ، فقد رواه ابن عدى من طريق قتيبة بن سعيد : حدثنا ابن لهيعة عن عمرو بن شعيب ... الخ .

٢ ـ عن زيد بن أسلم أنه سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن العربان فى البيع فأحله . أخرجه عبد الرزاق فى مصنفه[1] .

معنى بيع العربان :

بيع العربان أو العربون هو : أن يشترى الرجل السلعة ويدفع للبائع مبلغا من المال ، على أنه إن أخذ السلعة ، يكون ذلك المبلغ محسوبا من الثمن ، وإن تركها فالمبلغ للبائع .

وهذا التفسير اتفق عليه جميع الفقهاء .

قال مالك فى الموطأ : « وذلك ـ أى بيع العربان ـ فيما نرى والله أعلم أن يشترى الرجل العبد أو الوليدة ، أو يتكارى الدابة ثم يقول للذى اشترى منه أو تكارى منه : أعطيك ديناراً أو درهما ، أو أكثر من ذلك ، أو أقل على أنى ، إن أخذت السلعة ، أو ركبت ما تكاريت منك ، فالذى أعطيك هو من ثمن السلعة أو من كراء الدابة ، وإن تركت ابتياع السلعة أو كراء الدابة فما أعطيتك لك باطل

= قال الأستاذ احمد محمد شاكر هذا إسناد صحيح متصل خلافا لما زعم البيهقى أن ابن لهيعة لا يحتج به ، وأن الأصل فى هذا الحديث مرسل مالك .

ورواه أيضاً الدارقطنى فى غرائب مالك عن طريق الهيثم بن اليمان : حدثنا مالك عن عمرو ابن الحرث عن عمرو بن شعيب . . . الخ .

الهيثم ضعفه أبو الفتح الأزدى ، ولا عبرة بتضعيفه إذا انفرد به ، والحديث إسناده جيد فقد قال أبو حاتم فى الهيثم « صالح » هكذا فى شرح الأستاذ احمد محمد شاكر على مسند الإمام أحمد ، وفى نيل الأوطار « صدوق » . وعمرو بن الحرث بن يعقوب الأنصارى الذى رواه عنه مالك ثقة معروف . شرح مسند الإمام أحمد ١١ : ١٣ ونيل الأوطار ٥ : ٢٥٠

(١) نيل الأوطار ٥ : ٢٥٠ . هذا الحديث مرسل ، وفى إسناده ابراهيم بن يحيى وهو ضعيف . وقال ابن رشد : قال أهل الحديث ذلك غير معروف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال ابن عبد البر : ولا يصح ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من إجازته . نيل الأوطار ٥ : ١٥١ ، والزرقانى على الموطأ ٢ : ٩٩

بغير شيء »[١]

وقال ابن قدامة : والعربون فى البيع هو : أن يشترى السلعة فيدفع إلى البائع درهما ، أو غيره على أنه إن أخذ السلعة احتسب به من الثمن ، وإن لم يأخذها فذلك للبائع [٢].

وقال المرتضى : بيع العربون ، هو دفع الشىء إلى البائع على أنه إن تم البيع فمن الثمن ، وإلا فهبة [٣].

وقال الرملى : بيع العربون ، أن يشترى سلعة ويعطيه دراهم مثلا وقد وقع الشرط فى صلب العقد على أنه إنما أعطاه لتكون من الثمن إن رضى السلعة وإلا فهبة [٤].

تكييف البيع مع دفع العربون :

يتبين من تعريف بيع العربون ، أنه بيع يثبت فيه الخيار للمشترى ، فإذا أمضى البيع كان العربون جزءاً من الثمن ، وإذا رد البيع فقد العربون ، فهو خيار شرط يقابله شىء من المال فى حال الرد ، وهذا الخيار للمشترى فقط ، أما البائع فإن العقد لازم بالنسبة له لايستطيع رده كما يتبين أيضاً أنه خيار غير محدد بزمن .

حكم بيع العربون :

اختلف الفقهاء فى حكم بيع العربون ، فمنعه الحنفية ، والمالكية ، والشافعية

---

(١) الموطأ بهامش المنتقى ٤ : ١٥٧ ، قال الحطاب : وما فسر به مالك العربان هو ما عليه فقهاء الأمصار .

(٢) المغنى ٤ : ٢٣٢

(٣) البحر الزخار ٣ : ٢٩٥

(٤) نهاية المحتاج ٣ : ٤٩٥ . أما إذا لم يقع الشرط فى نفس العقد بأن قاله قبله ولم يتلفظا به حال العقد فالبيع صحيح. المجموع شرح المهذب ٩ : ٣٣٥

والشيعة الزيدية ، وأبو الخطاب من الحنابلة ، وروى المنع عن ابن عباس والحسن [١]

وقال ابن رشد والشوكانى : المنع قول الجمهور [٢] .

وأجازه الإمام أحمد ، وروى الجواز عن عمر وابنه ، وعن جماعة من التابعين منهم مجاهد ، وابن سيرين ، ونافع بن الحارث ، وزيد بن أسلم [٣] .

أدلة المانعين :

استدل المانعون لبيع العربان بما يأتى :

١ ـ حديث النهى عن بيع العربان .

٢ ـ فى بيع العربان غرر .

قال ابن رشد الجد : « ومن ذلك ـ أى من الغرر المنهى عنه ـ نهيه رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع العربان » . وقال أيضا : « الغرر الكثير المانع من صحة العقد يكون فى ثلاثة أشياء ، أحدها العقد ، والثانى أحد العوضين ، والثالث الأجل فيهما ، أو فى أحدهما ، فأما الغرر فى العقد فهو مثل ، نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيعتين فى بيعة ، وعن بيع العربان» [٤] .

وفى بداية المجتهد ، وإنما صار الجمهور إلى منعه ؛ لأنه من باب الغرر والمخاطرة وأكل المال بغير عوض [٥]

---

(١) المنتقى ٤ : ١٥٧ ونهاية المحتاج ٣ : ٤٥٩ والبحر الزخار ٣ : ٢٩٥ والمغنى ٤ : ٢٣٣

(٢) بداية المجتهد ٢ : ١٦٢ ونيل الأوطار ٥ : ٢٥١

(٣) المغنى ٤ : ٢٣٢ـ٢٣٣ ، وبداية المجتهد ٢ : ١٦٣ والزرقانى ٢ : ٩٩ . والقرطبى ٥ : ١٥٠

(٤) المقدمات الممهدات ١ : ٢٢١ـ٢٢٢

(٥) بداية المجتهد ٢ : ١٦٣ . وانظر أيضاً تفسير القرطبى ٥ : ١٥٠

وقد ورد التعليل بالغرر وأكل المال بالباطل فى كثير من كتب المالكية.

٣ ـ فيه شرطان مفسدان للعقد ، شرط الهبة وشرط رد العقد إذا لم يرض المشترى به[١] وعلل المنع فى البحر الزخار والمغنى بأن فيه اشتراط شىء للبائع بغير عوض، وزاد فى المغنى، ولأنه بمنزلة الخيار المجهول، فإنه اشترط أن له رد المبيع من غير ذكر مدة فلم يصح كما لو قال : ولى الخيار متى شئت رددت السلعة ومعها درهم[٢] .

أدلة المجوزين :

استدل المجوزون لبيع العربون بما يأتى :

١ ـ حديث زيد بن أسلم[٣] .

٢ ـ ما روى عن نافع بن عبد الحارث ، أنه اشترى لعمر دار السجن من صفوان بن أمية ، فإن رضى عمر ، وإلا فله كذا وكذا .

قال الأثرم : قلت لأحمد : تذهب إليه ؟ قال : أى شىء أقول ؟ هذا عمر رضى الله عنه[٤] .

٣ ـ القياس على ما قاله سعيد بن المسيب وابن سيرين ، من أنه لا بأس إذا كره المشترى السلعة أن يردها ويرد معها شيئا ، فقد قال الإمام أحمد : ، هذا فى معناه[٥]

---

(١) نهاية المحتاج ٣ : ٤٥٩ ـ ٤٦٠

(٢) البحر الزخار ٣ : ٢٩٥ ، والمغنى ٤ : ٢٣٣

(٣) أنظر ص ١٠١

(٤) المغنى ٤ : ٢٣٣

(٥) المصدر السابق

وإنى أرجح المنع لقوة دليـله ، فإن حديث النهى أكثر رجال الحديث يصححونه ، وحديث الجواز أكثرهم يرده ، والغرر فى بيع العربون متحقق، وما اعتمد عليه المجوزون من أقوال بعض الصحابة والتابعين لا يقوى على معارضة أدلة المانعين .

صور من البيع تشبه بيع العربون وليست منه :

١ ـ قد يدفع المشترى للبائع مبلغا من المال ، على أنه إن أمضى البيع احتسبه من الثمن ، وإن لم يمضه أخذ ما دفعه .

البيع بهذه الصورة صحيح ، لأن الغرر الذى فيه مغتفر ، فهو بيع بالخيار قدم فيه جزء من الثمن .

قال الباجى : وأما العربان الذى لم ينه عنه ، فهو أن يبتاع منه ثوبا أو غيره بالخيار ، فيدفع إليه بعض الثمن مختوما عليه إن كان مما لا يعرف بعينه ، على أنه إن رضى البيع كان من الثمن ، وإن كره رجع إليه ذلك ، لأنه ليس فيه خطر يمنع صحته ، وإنما فيه تعيين للثمن أو بعضه[١] .

وقال الحطاب : قال مالك : وأما من اشترى شيئا وأعطى عربانا على أنه إن رضيه أخذه ، وإن سخطه رده وأخذ عربانه فلا بأس به[٢] .

٢ — قد يدفع طالب الشراء لصاحب السلعة مبلغا من المال ويقول له : لا تبع هذه السلعة لغيرى ، وإن لم أشترها منك فما دفعته هو لك ، ثم يشتريها منه بعد ذلك بعقد مبتدىء ، ويحسب المبلغ الذى دفعه من الثمن .

---

(١) المنتقى ٤ : ١٥٨

(٢) الحطاب ٤ : ٣٦٩

هذا البيع صحيح ، والفرق بينه وبين بيع العربون الممنوع ، أن البيع هنا خلا من الشرط المفسد ، لأن هذه الصورة عبارة عن اتفاقين ، الاتفاق الأول ذكر فيه شرط ترك العربون ، ولكن لم يقترن به العقد ، والاتفاق الثانى تم فيه العقد مجردا عن الشرط .

هذا إذا تم البيع ، أما إذا لم يتم ، فإن صاحب السلعة لا يستحق شيئا ، لأنه يأخذه بغير عوض ، ولا يصح جعله عوضا عن انتظاره ، وتأخيره البيع من أجل المشترى ، لأنه لو كان عوضا عن ذلك ما جاز جعله من الثمن حال الشراء ، ولا يمكن أن يقال هو عوض عن عدم الانتظار فى حالة عدم الشراء ، أما فى حال الشراء فهو جزء من الثمن ، لأن الانتظار بالبيع لا تجوز المعاوضة عنه ، ولو جازت لوجب أن يكون معلوم المقدار كما فى الإجارة [1] .

أما فى بيع العربون الممنوع ، فإن العقد يفسد ، سواء تم البيع ، أم لم يتم ، لأن الشرط فيه اقترن بالعقد فأفسده ، حتى فى الحالة التى يختار فيها المشترى إمضاء العقد .

٣ — قد يشترى شخص سلعة ، ثم يتفق مع البائع على أن يردها له ومعها شىء من المال .

وهذه هى الصورة التى قاس عليها الإمام أحمد صورة بيع العربون الممنوع عند الجمهور .

قال ابن المسيب وابن سيرين : لا بأس إذا كره السلعة أن يردها ويرد معها شيئا [2] .

---

(١) المغنى ٤ : ٢٣٣

(٢) المصدر السابق .

ولا خلاف بين الفقهاء فى جواز هذه الصورة، إذا كان البيع الأول نقدا، أما إذا كان إلى أجل فقد منعه مالك فى بعض الحالات ، وهى ما إذا كانت الزيادة نقدا ، أو إلى أجل أبعد من الأجل الأول، لأن هذا فيه ذريعة إلى بيع الذهب بالذهب إلى أجل، وإلى بيع ذهب وعرض بذهب، لأن المشترى يدفع الزيادة والسلعة فى الثمن الذى عليه ، هذا إذا كان الثمن ذهبا .

وفيه أيضا بيع وسلف، لأن المشترى إذا كان قد اشترى السلعة بمائة مثلا إلى أجل، ثم اتفق على أن يرد للبائع السلعة ومعها عشرة، فإن المسألة تؤول إلى أن المشترى باع السلعة بتسعين وأسلف البائع عشرة إلى الأجل الذى اتفقا عليه فى البيع الأول ، وعندئذ يقبضها من نفسه لنفسه .

وأجاز الشافعى هذه الإقالة مطلقا، لأنها عنده شراء مستأنف، لا فرق بينها وبين ما إذا كان لرجل على آخر مائة مؤجلة فاشترى منه سلعة بتسعين وعجل له العشرة ، وهذا جائز بإجماع ، ولم يذهب الشافعى إلى ما ذهب إليه مالك من سد الذريعة ، لأنه يرى أن حمل الناس على التهم لا يجوز(١) .

ورأى الشافعى أولى بالاتباع فى هذه المسألة ، فإن المالكية بالغوا فى سد الذريعة هنا مبالغة غير مقبولة .

٤ — قد يشترى الرجل سلعة ثم يتقايل المتعاقدان على أن يدفع البائع للمشترى شيئا من المال .

قال مالك فى الرجل يبتاع العبد أو الوليدة بمائة دينار إلى أجل ، ثم يندم البائع فيسأل المبتاع أن يقيله بعشرة دنانير يدفعها إليه نقدا ، أو إلى أجل ويمحو عنه المائة دينار التى له ، قال مالك : لا بأس بذلك .

---

(١) بداية المجتهد ٢ : ١٤١ ، والمنتقى ٤ : ١٦٥ .

وهذه المسألة لا خلاف فى جوازها ، لأن هذه إقالة ، والإقالة إذا دخلتها الزيادة أو النقصان تكون بيعا مستأنفا ، ولا حرج فى أن يبيع الإنسان الشىء بثمن ثم يشتريه بأكثر منه[1] .

بيع العربون فى القانون المصرى :

نصت المادة ١٠٣ من القانون المدنى الجديد على ما يأتى :

١ — دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك .

٢ — فإذا عدل من دفع العربون فقده ، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه ، هذا ولو لم يترتب على العدول أى ضرر .

فالقانون المصرى اعتبر دفع العربون ، فى حالة عدم الاتفاق ، دليلا على ثبوت حق العدول لكل من المتعاقدين ، ولكنه عدول بمقابل ، هو قدر العربون ، فإذا استعمل المشترى حقه فى العدول وجب عليه ترك العربون ، وإذا عدل البائع وجب عليه رد العربون ومعه مثله ، من غير نظر إلى مقدار الضرر الذى يصيب أحد الطرفين من جراء عدول الطرف الآخر .

والقانون المصرى فى هذا يتفق مع القوانين اللاتينية ، هذا وقد جاءت نصوص التقنينات المدنية العربية متفقة مع التقنين المدنى المصرى ما عدا التقنين العراقى[2] .

---

(١) بداية المجتهد ٢ : ١٤١ والمنتقى ٤ : ١٦٤

(٢) مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ٢ : ٩٣ ومحاضرات فى القانون المدنى للأستاذ الدكتور الصده ١ : ١٢٨ — ١٣٠ وشرح العقود المدنية للأستاذ الدكتور جميل الشرقاوى ٧٠ — ٧٢ .

بيع العربون فى القانون العراقى :

تنص المادة ٩٢ من القانون المدنى العراقى على ما يأتى :

١ – يعتبر دفع العربون دليلا على أن العقد أصبح باتا لا يجوز العدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك .

٢ – فإذا اتفق المتعاقدان على أن العربون جزاء للعدول عن العقد . كان لكل منهما حق العدول ، فإذا عدل من دفع العربون وجب عليه تركه ، وإذا عدل من قبضه رده مضاعفا .

فالقانون العراقى يرى أن العربون فى حالة عدم الاتفاق ، يكون جزءا من الثمن ، وأن دفعه دليل على أن العقد أصبح باتا لا خيار فيه ، فإذا تخلف أحد المتعاقدين عن تنفيذ العقد كان للطرف الآخر إجباره على التنفيذ ، كما له أن يطلب فسخ العقد مع التعويض .

والقانون العراقى يتفق فى هذا مع القوانين الجرمانية [1] .

بيع العربون فى القانون الانجليزى :

العربون فى البيع فى القانون الانجليزى Deposit هو المبلغ الذى يدفع مقدما عند إنشاء العقد كضمان على أن المشترى سيقبل السلعة ويدفع ثمنها ، ويكون هذا المبلغ فى نفس الوقت جزءا من الثمن .

فالعربون كما يقول لوردما كناجتن Macnaghten يخدم غرضين ، أحدهما ضمان أن المشترى جاد فى الصفقة ، وهذا هو الغرض الأساسى ، وثانيهما أنه يحتسب من ثمن الشراء إذا تم البيع .

---

(١) ملتقى البحرين ١٦٢ – ١٦٣ والوسيط ١ : ٢٦٠

حكم العربون فى حالة عدم إتمام العقد :

استرداد المشترى للعربون فى حالة عدم إتمام العقد يخضع عادة إلى الاتفاق بينه وبين البائع، أما إذا لم يكن بينهما اتفاق، فإن المشترى يفقد العربون إذا لم يتم البيع بسبب من قبله. أما إذا لم يتم البيع بسبب من قبل البائع، فإن المشترى يستطيع أن ينهى العقد ويسترد العربون(١).

فبيع العربون فى القانون الإنجليزى يكون العقد معه باتا ، وإذا عدل المشترى ـ وهذا ليس من حقه ـ وأراد البائع أن ينهى العقد فإن العربون يضيع على المشترى، ولا يمنع هذا البائع من أن يطالب بتعويض زيادة على العربون إذا كانت الخسارة أكبر منه ، كما أن للبائع ألا يوافق على إنهاء العقد ، ويطالب المشترى بدفع الباقى من الثمن .

وإذا عدل البائع ـ وهذا ليس من حقه أيضا ـ فللمشترى أن ينهى العقد ويسترد العربون ، كما له أن يتمسك بالعقد ويطالب بالتنفيذ .

مقارنة بين الفقه والقوانين الوضعية:

يتبين مما تقدم أن جميع القوانين الوضعية تجيز بيع العربون فى الصورة التى وردت فى الفقه الإسلامي،واختلف الفقهاء فى جوازها، فمنعها الجمهور ، وأجازها الإمام أحمد ، وتلك هى الصورة التى يتفق فيها المتعاقدان على أن المشترى إذا عدل عن العقد فقد العربون ؛ ذلك أن القوانين كلها تنص على العمل أولا بما اتفق عليه المتعاقدان .

---

(1) Chalmers Sale of goods 12th edition P 42 & Halsbury's laws of England 2nd edition V. 29 P 155 - 156.

أما كون دفع العربون ـ فى حالة عدم الاتفاق ـ يدل على جواز العدول أو على أن العقد أصبح باتا ، فهذه مسألة لم يتعرض لها الفقهاء، لأن بيع العربون الذى يعرفه الفقه الإسلامى هو ما اشترط فيه المتعاقدان أن المشترى يفقد العربون إذا عدل عن العقد، أما إذا لم يكن هناك هذا الشرط ولا عرف يقوم مقامه ، وحصل العقد ودفع المشترى للبائع مبلغا من المال ، فإن هذا لا يصدق عليه اسم بيع العربون فى الفقه الإسلامى ، وإنما يكون بيعا باتا ، دفع فيه جزء من الثمن ، ويجب فيه على المشترى تسليم باقى الثمن ، وعلى البائع تسليم السلعة .

المبحث الثالث

بيع الحصاة

النصوص : السنة :

عن أبي هريرة قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة ، وعن بيع الغرر(١) .

حكم بيع الحصاة وتفسيره :

اتفق الفقهاء على العمل بموجب الحديث المتقدم فمنعوا بيع الحصاة(٢) ، ولكنهم اختلفوا فى تفسيره ، وسنذكر أولا ما ورد فى تفسيره عن المحدثين ، ثم نتبعه بتفسير فقهاء المذاهب .

تفسير المحدثين :

بيع الحصاة هو : أن يقول البائع للمشترى : إذا نبذت إليك بالحصاه فقد وجب البيع فيما بيني وبينك .

فسر الترمذى بيع الحصاة بهذا التفسير، ثم قال: وهذا شبيه ببيع المنابذة، وكان هذا من بيوع الجاهلية(٣) .

تفسير فقهاء المذاهب لبيع الحصاة :

١ ـ الحنفية : يعبر الحنفية عن بيع الحصاة ، بالبيع بالقاء الحجر ، وقد

---

(١) رواه الجماعة إلا البخارى واللفظ لمسلم ، مسلم بشرح النووى ١ : ١٥٦ وقد تقدم هذا الحديث فى الكلام عن النصوص الواردة فى الغرر فارجع اليه ص ٤٨ هـذا وقدروى حديث النهى عن بيع الحصاة عن أبى هريرة من طرق متعددة، انظر مسند الإمام أحمد ٢ : ٢٧٦ و ٤٣٦ و ٤٣٩ و ٤٦٠ و ٤٩٦

(٢) المغنى ٤ : ٢٠٨

(٣) الترمذى بشرح ابن العربى ٥ : ٢٣٨

ورد هذا التعبير فى بعض الأحاديث [١] .

وقد فسره الحنفية بتفسيرين :

أحدهما : أن يتساوم الرجلان فى السلعة ، فإذا وضع المشترى عليها حصاة لزم البيع .

وهذا تفسير المرغينانى [٢] .

ثانيهما : أن يلقى حصاة وثمة أثواب ، فأى ثوب وقع عليه كان المبيع بلا تأمل وروية ، ولا خيار بعد ذلك .

وهذا تفسير الكمال بن الهمام [٣] .

ولا بد من أن يسبق إلقاء الحصاة تراوض المتبايعين على الثمن عند الحنفية، ثم لا فرق عندهم بين أن يكون المبيع معينا ، أو غير معين ، فتفسير المرغينانى على أن المبيع معين ، وتفسير الكمال على أنه غير معين [٤] .

علة النهى :

علل الحنفية فساد بيع الحصاة بعلتين :

١ — الجهالة ، وهى واضحة فى الصورة التى ذكرها الكمال ؛ لأن المبيع غير معين .

٢ — تعليق التمليك على الخطر ، فإن هـذا البيع بمنزلة ما لو قال : إذا ألقيت الحجر على الثوب فقد لزم البيع ، أو إذا وقع حجرى على ثوب فقد بعته

(١) نيل الأوطار ٦ : ٣٢

(٢) الهداية مع فتح القدير ٥ : ١٩٦

(٣) فتح القدير ٥ : ١٩٦

(٤) فتح القدير ٥ : ١٩٧

منك بكذا[1] . وهذا واضح على التفسيرين .

٢ — المالكية :

ذكر ابن رشد الجد تفسيرين لبيع الحصاة :

أحدهما : أن يستام الرجل الرجل السلعة و بيد أحدهما حصاة، فيقول لصاحبه: إذا سقطت الحصاة من يدى ، فقد وجب البيع بينى و بينك .

ثانيهما : أن تكون السلع منشورة ، فيرمى المبتاع حصاة، فأيها وقعت عليه وجبت له بما سميا من الثمن[2] .

وذكر ابن رشد الحفيد هذين التفسيرين ، ولكنه قدم الثانى وقال : إن هذه كانت صورته فى الجاهلية ، وأورد التفسير الأول بصيغة التمريض ـ قيل ـ عكس ما فعله ابن رشد الجد[3] .

واقتصر الباجى على التفسير الأول ، ولكن ذكر : أن الحصاة تكون بيد البائع[4] .

وتفسير المالكية هذا لا يختلف فى جوهره عن تفسير الحنفية .

علة الفساد :

وعلة الفساد الغرر فى العقد على التفسير الأول ، والجهل بتعيين المبيع على التفسير الثانى[5] .

---

(١) الهداية مع فتح القدير والعناية ٥ : ١٩٦ ـ ١٩٧ .

(٢) المقدمات الممهدات ٢ : ٢٢١ ـ ٢٢٢ .

(٣) بداية المجتهد ٢ : ١٤٨

(٤) المنتقى ٥ : ٤٢

(٥) المقدمات الممهدات ٢ : ٢٢١ ـ ٢٢٢

وعلل ابن رشد الحفيد فساد العقد بأنه قمار[(١)] .

٣ — الشافعية :

للشافعية ثلاثة أوجه فى بيع الحصاة :

١ — أن يقول : إذا رميت هـذا الثوب بالحصاة فهو مبيع منك بكذا ، فيجعلان نفس الرمى بالحصاة بيعا .

٢ — أن يقول : بعتك من هذه الأثواب ما تقع الحصاة عليه ، أو بعتك من هذه الأرض من هنا إلى ما انتهت إليه هذه الحصاة .

٣ — أن يقول : بعتك ولك الخيار إلى أن أرمى بهذه الحصاة ، أو ولى الخيار ، أو ولنا الخيار[(٢)] .

فالشافعية يتفقون مع الحنفية والمالـكية فى تأويلهم ، ويزيدون عليهم وجها ثالثا هو : جعل رمى الحصاة غاية لاستعمال الخيار .

علة البطلان :

قال الرملى : إن علة البطلان هى عدم الرؤية ، أو عدم الصيغة ، أو الشرط الفاسد[(٣)] ، واقتصر النووى على التعليل بالغرر[(٤)] .

والتعليل بعدم الصيغة ظاهر على الوجه الأول ، والتعليل بالشرط الفاسد يعم الأوجه الثلاثة ، أما التعليل بعدم الرؤية فغير ظاهر فى أى من هذه الوجوه.

---

(١) بداية المجتهد ٢ : ١٤

(٢) نهاية المحتاج ٣ : ٤٣٣

(٣) نهاية المحتاج ٣ : ٤٣٣

(٤) النووى على مسلم ١٠ : ١٥٦

٤ — الحنابلة :

ذكر ابن قدامة ثلاثة تآويل لبيع الحصاة :

١ — أن يقول : بعتك هذا بكذا على أنى متى رميت هـذه الحصاة وجب البيع .

٢ — أن يقول : ارم هذه الحصاة فعلي أى ثوب وقعت فهولك بدرهم .

٣ — أن يقول : بعتك من هـذه الأرض مقدار ما تبلغ الحصاة إذا رميتها بكذا[١] .

وهذه التآويل لا تخرج عما ذكره الأئمة الثلاثة .

علة الفساد : علل ابن قدامة فساد البيع بالغرر والجهالة[٢] .

٥ — الشيعة :

ذكرت كتب الشيعة الإمامية والزيدية ثلاثة تآويل لبيع الحصاة :

١ — أن يجعل نفس الرمى بيعا فيقول البائع : إذا رميت هذه الحصاة فهذا الثوب مبيع منك بكذا .

٢ — أن يقول : أى ثوب نبذته بالحصاة فقـد بعته منك ، أو بعتك من هذه الأرض من هنا إلى حيث تنتهى إليه الحصاة .

٣ — أن يقول : بعتك هـذا بكذا على أنك بالخيار إلى أن أرمى هذه الحصاة[٣] .

وهذه التآويل مطابقة لرأى الشافعية .

---

(١) المغنى ٤ : ٢٠٧ — ٢٠٨

(٢) المغنى ٤ : ٢٠٧ — ٢٠٨

(٣) البحر الزخار ٣ : ٢٩٤ ، ومفتاح الكرامة: ٤ ١٤٤ و ١٦٠

علة النهى : وعلة النهى عندهم ، عدم العقد على التأويل الأول ، والجهل بالمبيع على التأويل الثانى ، وإبهام مدة الخيار على التأويل الثالث[١] .

وهذه التفاسير يمكن تلخيصها فيما يلى :

١ — أن يتفق المتبايعان على بيع سلعة معينة بثمن معين ، ويجعلا نبذ الحصاة من أحدهما إلى الآخر ، أو وضعها على السلعة ، أو سقوطها ممن هى بيده أمارة على لزوم البيع .

وهذا التفسير اتفق عليه الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، والشيعة .

٢ — أن يتفقا على بيع سلعة غير معينة من سلع كثيرة مختلفة بثمن معلوم ، ويجعلا سقوط الحصاة على إحداها أمارة علي تعيينها ، فتكون هى السلعة المبيعة بالثمن المتفق عليه . وهذا التأويل اتفق عليه الحنفية ، والمالكية ، والشافعية والحنابلة ، والشيعة .

٣ — أن يتفق المتعاقدان على بيع مقدار من الأرض يحدده رمى البائع بحصاة ، فما انتهت إليه الحصاة ، كان هو المقدار المبيع . وهذا تفسير للشافعية ، والحنابلة ، والشيعة .

٤ — أن يتفق المتعاقدان على بيع سلعة ، بشرط خيار غايته رمى الحصاة من البائع . وهذا أحد أوجه ثلاثة للشافعية ، والشيعة .

---

(١) البحر الزخار ٣ : ٢٩٤ ، ومفتاح الكرامة ٤ : ١٤٤ ، ١٦٠ .

المبحث الرابع

بيع الملامسة (١)

النصوص : السنة :

١ — عن أبي هُريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة والمنابذة(٢) .

٢ — عن أبي هريرة قال : نهى عن لبستين : أن يحتبي الرجل في الثوب الواحد ، ثم يرفعه عن منكبه ، وعن بيعتين : اللماس والنباذ(٣) .

٣ — عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيعتين ، أما البيعتان ، فالمنابذة والملامسة ، وزعم أن الملامسة أن يقول الرجل للرجل : أبيعك ثوبي بثوبك ولا ينظر واحد منهما إلى ثوب الآخر ، ولكنه يلمسه لمساً ، وأما المنابذة فأن يقول : أنبذ ما معي وتنبذ ما معك ليشتري أحدهما من الآخر ولا يدري كل واحد منهما كم مع الآخر ، ونحواً من هذا الوصف(٤) .

٤ — عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المنابذة ، وهي طرح الرجل ثوبه بالبيع إلى الرجل قبل أن يقلبه أو ينظر إليه ، ونهى عن الملامسة ، والملامسة لمس الثوب لا ينظر إليه(٥) .

٥ — عن أبي سعيد قال : نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين

---

(١) ويسمى بيع اللماس أيضا صحيح البخاري ٣ : ٧٠

(٢) أخرجه مالك في الموطأ : الموطأ بهامش المنتقى ٥ : ٤٤ والبخاري في صحيحه : صحيح البخاري ٣ : ٧٠ ، ومسلم : مسلم بشرح النووي ١٠ : ١٥٤

(٣) رواه البخاري : صحيح البخاري ٣ : ٧٠

(٤) سنن النسائي بشرح السيوطي ٧ : ٢٦٢

(٥) رواه البخاري : صحيح البخاري ٣ : ٧٠

ولبستين ، نهى عن الملامسة والمنابذة فى البيع ، والملامسة لمس الرجل ثوب الآخر بيده بالليل أو بالنهار ولا يقلبه إلا بذلك، والمنابذة أن ينبذ الرجل إلى الرجل بثوبه،وينبذ الآخر ثوبه ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراض[١] .

٦ — عن أنس قال: نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة،والمخاضرة، والمنابذة ، والملامسة ، والمزابنة[٢] .

قال العينى : وزعم الإسماعيلى أن فى بعض الروايات : والمخاضرة بيع الثمار قبل أن تطعم ، وبيع الزرع قبل أن يشتد ويفرك منه[٣] .

حكم بيع الملامسة وتفسيره:

اتفق الفقهاء على أن بيع الملامسة غير صحيح ، عملا بالأحاديث الصحيحة التى تنهى عنه[٤]، ولكنهم ذهبوا فى تفسير الملامسة مذاهب مختلفة ، نبينها فيما يلى ، سالكين الطريقة التى سلكناها فى بيع الحصاة .

تفسير المحدثين :

١ — الملامسة لمس الثوب لا ينظر إليه ، هذا هو التفسير الذى ذكره البخارى فى رواية أبى سعيد[٥] ، ومعناه أن المشترى يشترى الثوب باللمس فقط ، واللمس لا يكفى للعلم بالثوب ، فكأنه يشترى شيئا يجهل حاله ، وهذا التفسير لا يختلف عما جاء فى الرواية الأخرى التى فى مسلم عن أبى سعيد أيضا :

---

(١) رواه مسلم فى صحيحه : صحيح مسلم بشرح النووى ١٠ : ١٥٥

(٢) رواه البخارى .

(٣) منتقى الأخبار ٥ : ٢٤٦،صحيح البخارى ٣ : ٧٨ و ٧٥،وعمدة القارى ١٢ :١٤

(٤) المغنى ٤ : ٢٠٧ ، وبداية المجتهد ٢ : ١٤٨ ، وإحكام الأحكام ٢ : ١١٨

(٥) صحيح البخارى ٣ : ٧٠

الملامسة لمس الرجل ثوب الآخر بيده بالليل أو بالنهار ولا يقلبه إلا بذلك[١].

والعلة فى الفساد على هذا التفسير هى : الجهل بالمبيع الناشىء من عدم النظر إليه.

٢ — الملامسة أن يلمس كل واحد منهما ثوب صاحبه بغير تأمل، وهذا هو التفسير الذى فى حديث أبى هريرة عن مسلم[٢]، وهو يختلف عن التفسير الأول، بأن اللمس فيه من الطرفين، والبيع فيه بطريق المقايضة، ويتفق فى أن طريق العلم بالمبيع هو اللمس فقط.

قال الحافظ ابن حجر : وهذا التفسير أقعد بلفظ الملامسة، لأنها مفاعلة فتستدعى وجود الفعل من الجانبين[٣].

ويوافق هذا التفسير ما فى رواية النسائى عن أبى هريرة أيضا : الملامسة أن يقول الرجل للرجل : أبيعك ثوبى بثوبك، ولا ينظر واحد منهما إلى ثوب الآخر، ولكن يلمسه لمسا[٤].

٣ — أن يلمس الثوب بيده ولا ينشره ولا يقلبه، إذا مسه فقد وجب البيع.

ذكر هذا التفسير النسائى فى حديث أبى سعيد[٥]، ومثله ما فى الترمذى: والملامسة أن يقول : « إذا لمست الشىء فقد وجب البيع ، وإن كان لا يرى منه شيئا مثل ما يكون فى الجراب »[٦]. ومعنى هذا التفسير أن البيع انعقد

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووى ١٠ : ١٥٥ وانظر سنن النسائى بشرح السيوطى ٧ : ٢٦٠

(٢) مسلم بشرح النووى ١٠ : ١٥٥

(٣) فتح البارى ٤ : ٢٨٦

(٤) النسائى ٧ : ٢٦٠

(٥) النسائى ٢ : ١١٧

(٦) صحيح الترمذى ٦ : ٤٦

ولكنه لا يلزم إلا بعد أن يلمس المشترى الثوب ، فإذا لمسه فقد لزم البيع ، مع ملاحظة أن المشترى لا علم له بحقيقة الثوب .

ولعل الفرق بين هذا التفسير والتفسيرين قبله، أن العقد هنا وقع قبل اللمس، فلما حصل اللمس جعله لازما ، وهناك كان اللمس أولا ثم حصل العقد .

٤ — أن يتبايع القوم السلع لا ينظرون إليها ولا يخبرون عنها. ذكر هذا التفسير أبو عوانة عن يونس[١] .ويلاحظ أنه لم يرد فى هذا التفسير ذكر اللمس ولعله اعتبر اللمس وعدمه سيان؛ لأن عدم العلم بالمبيع حاصل فى الحالتين، وهذا تجوز غير مقبول فى تفسير الملامسة .

هذه هى التفاسير التى وردت فى روايات الحديث المختلفة،[٢] وكلها تتلاقى فى أن المبيع غير معلوم للمشترى ، وأن اللمس جعل أمارة على انعقاد البيع ، أو على لزومه .

ولننظر بعد هذا إلى آراء فقهاء المذاهب :

تفسير فقهاء المذاهب :

١ — الحنفية :

بيع الملامسة هو : أن يتساوم[٣] الرجلان فى سلعة، فإذا لمسها المشترى لزم البيع ، رضى مالكها بذلك ، أو لم يرض .

---

(١) نيل الأوطار ٥ : ٢٤٧ وفتح البارى ٤ : ٢٨٦

(٢) ظاهر الروايات أن التفسير من الحديث المرفوع ، لكن الأقرب أن التفسير من الصحابى راوى الحديث ، وذلك لورود لفظ « وزعم » فى رواية النسائى فإنها تشعر بأن التفسير من كلام من دون النبى صلى الله عليه وسلم لبعد أن يعبر الصحابى عن النبى صلى الله عليه وسلم بلفظ زعم ، وانظر فتح البارى ٣ : ٢٨٧

(٣) التساوم تفاعل من السوم ، وسام البائع السلعة عرضها للبيع وذكر ثمنها ، وسامها المشترى بمعنى استامها سوما ، ومنه لا يسوم الرجل على سوم أخيه . أى لا يطلب البيع ويراوض فيه حال مراوضة أخيه فيه ـ فتح القدير ٥ : ١٩٧

فلابد من أن يسبق اللمس عندهم تراوض البائع والمشترى على الثمن،لأنه إذا لم يذكر الثمن يكون البيع فاسداً للسكوت عن الثمن [١] .

وهذا التفسير لا يتفق مع واحد من التآويل الواردة فى الأحاديث ، فالظاهر من تفسير الحنفية،أن المدار عندهم،أن يكون اللمس أمارة على لزوم البيع سواء أكان المشترى عالما بالمبيع ، أم غير عالم به ، فى حين أن تأويلات المحدثين متفقة على أن المناط فى بيع الملامسة ، أن يقوم فيه اللمس مقام النظر إلى السلعة بعد نشرها وتقليبها إن كانت مما يحتاج إلى ذلك كالثوب .

علة الفساد :

ذكر الحنفية علتين لفساد العقد :

١ — التعليق بالخطر ، فإن بيع الملامسة بمنزلة أن يقول البائع للمشترى : إذا لمست السلعة فقد لزم البيع ، والبيع من التمليكات ، وهى لا تقبل التعليق ، لأنه يؤدى إلى معنى القمار [٢] . وقد علل ابن عابدين الفساد بوجود القمار [٣] .

٢ — الجهالة : هذا التعليل ذكره الكمال ، وهو يصح فى حالة ما إذا كان المبيع غير معين بأن يقول المشترى : أى ثوب لمسته فقد لزم البيع، فإنه لافرق عند الحنفية فى بيع الملامسة بين أن يكون المبيع معينا أو غير معين [٤] .

٢ — المالكية :

قال الإمام مالك فى الموطأ : الملامسة أن يلمس الرجل الثوب ولا ينشره

---

(١) الهداية مع فتح القدير والعناية ٥ : ١٩٦ — ١٩٧ وابن عابدين ٤ : ١٥١

(٢) فتح القدير ٥ : ١٩٦ — ١٩٧

(٣) ابن عابدين ٤ : ١٥١

(٤) فتح القدير ٥ : ١٩٧

ولا يتبين ما فيه ، أو يبتاعه ليلا وهو لا يعلم ما فيه [١] .

وقال ابن رشد : إن هذه صورة بيع الملامسة فى الجاهلية [٢] .

قال الباجى : وإنما سمى بيع ملامسة،لأنه لاحظ له من النظر والمعرفة لصفاته إلا لمسه ، واللمس لا يعرف به المبتاع ما يحتاج إلى معرفته من صفات المبيع الذى يختلف ثمنه باختلافها أو يتفاوت ، ومعنى ذلك أن البيع انعقد على شرط أن يكتفى المشترى بلمسه . أما إذا لم يوجد هذا الشرط فاقتنع المشترى بلمسه فإنه لا يكون بيع ملامسة ولا يمنع صحة العقد [٣] .

وتفسير الإمام مالك يتفق الجزء الأول منه مع ما فى أكثر الأحاديث من حيث إنه جعل اللمس قائما مقام العلم بالمبيع ، ويتفق الجزء الأخير منه « أو يبتاعه ليلا وهو لا يعلم ما فيه » مع تفسير أبى عوانة عن يونس من حيث إنه اعتبر عدم العلم كافيا لتسمية البيع بيع ملامسة وإن لم يصحبه لمس .

وعلة تحريم بيع الملامسة ، الغرر الناشىء من الجهل بصفة المبيع [٤] .

بيع الثوب المدرج فى جرابه :

وقد أدخل مالك فى بيع الملامسة، بيع الثوب المدرج فى جرابه ، كالساج وما أشبهه، مما يصان بغلاف يكون فيه ، فلا يظهر شىء منه ، فلم يجوز بيعه حتى ينظر المبتاع إلى الثوب بعد نشره ، وكذلك لم يجوز بيع الثوب المطوى ، وإن ظهر ظاهره، حتى ينشر ، ولا تكفى الصفة عنده فى هاتين الحالتين، كما رواه عنه

---

(١) الموطأ بهامش المنتقى ٥ : ٤٤ . والمدونة ١٠ : ٣٧

(٢) بداية المجتهد ٢ : ١٤٨

(٣) المنتقى ٥ : ٤٤

(٤) بداية المجتهد ٢ : ١٤٨ والمقدمات الممهدات ٢ : ٢٢١

ابن المواز ؛ لأن الانتقال من الرؤية إلى الصفة لايجوز إلا لضرورة، ولاضرورة هنا ، لأن إخراج الثوب من جرابه ونشره لا مشقة فيه ، ولم تجر العادة بأخذ أجر عليه ، فلا يكون فى بيعه من غير رؤية غرض سوى مجرد الغرر [١] .

قال مالك فى الموطأ « فى الساج المدرج فى جرابه أو الثوب القبطى المدرج فى طيه »: أنه لايجوز بيعهما حتى ينشرا، أو [٢] ينظر إلى مافى أجوافهما ، وذلك أن بيعهما من بيع الغرر وهو من الملامسة [٣] .

يمكننا أن نأخذ من هذا ، أن الإمام مالكا يعتبر كل بيع لم يمكن فيه المشترى من رؤية المبيع ، مع قدرته عليها من غير مشقة ، داخلاً فى بيع الملامسة المنهى عنه ؛ لأن العلة عنده فى منع بيع الملامسة ، هى الغرر الناتج من عدم العلم بالمبيع ، والبيع من غير رؤية المبيع لغير ضرورة من بيع الغرر المنهى عنه .

هل ينطبق قول مالك على بيع الثياب فى زماننا :

من المتعارف فى وقتنا أن يشترى الشخص الثوب المطوى من غير أن ينشره ، اكتفاء برؤية ظاهره ، وقد يشترى الثوب فى غطائه من غير أن يزيل الغطاء ، اكتفاء بما كتب عليه من اسم الثوب ، مع ملاحظة أن البائع لا يقبل عادة أن ينشر كل مشتر الثياب ، أو يزيل ما عليها من غطاء ، فهل يشمل المنع هذه الصورة من البيع ؟

إن ماذهب إليه مالك من منع بيع الثوب المدرج فى جرابه ، أو الثوب المطوى مبنى على أن معرفة الثوب معرفة كاملة لاتتحقق إلا برؤيته منشوراً ؛ لأن الثياب تتفاوت ، وقد يختلف باطن الثوب عن ظاهره ، فيدخل هذا البيع الغرر ،

---

(١) المنتقى ٥ : ٤٤ — ٤٥

(٢) هكذا فى الموطأ والمدونة ، وفى المنتقى وينظر بالواو بدل «أو»، ولعله الصواب .

(٣) الموطأ بهامش المنتقى ٥ : ٤٤ والمدونة ١٠ ، ٢٨

وهذا حق بالنسبة لزمن مالك ، أما الآن فإن رؤية ظاهر الثوب أو قراءة اسمه على الغلاف تكفى للعلم بحقيقة الثوب فينتفى الغرر ، اللهم إلا فى الثياب التى تنسج باليد كالثياب المعروفة عندنا فى السودان « بالدمور البلدى » فإنها ينطبق عليها قول مالك ، فلا يجوز بيعها إلا بعد نشرها ، ولا يكتفى فيها برؤية ظاهر الثوب ؛ لأن باطنه قد يختلف عن ظاهره ، فيدخله الغرر ، ومن باب أولى لا يجوز بيع ثوب الدمور إذا كان فى غلاف ؛ لأن هذه الثياب تختلف عادة ، ويندر أن تجد ثوبين متماثلين فى كل شىء كما هو الحال فى الثياب المصنوعة بالآلات .

٣ — الشافعية :

للشافعية ثلاثة أوجه فى تأويل الملامسة :

١ ـ أن يأتى بثوب مطوى أو فى ظلمة فيلمسه المستام ، فيقول صاحبه : بعتك بكذا بشرط أن يقوم لمسك مقام نظرك ، ولا خيار لك إذا رأيته[١] . قال النووى : إن هذا تأويل الشافعى .

٢ ـ أن يقول البائع للمشترى : إذا لمست الثوب فقد بعتك بكذا ، فيجعلان نفس اللمس بيعا .

٣ ـ أن يبيعه الشىء على أنه متى لمسه انقطع خيار المجلس أو الشرط[٢] .

الوجه الأول يتفق مع ما فى أكثر الأحاديث ، وهو أدق من تفسير مالك ، أما الوجه الثانى فإنه لم يرد فى حديث ما ، وهو قريب من تفسير الحنفية من حيث إن التفسيرين جعلا اللمس أمارة على البيع ، غير أن الحنفية

---

(١) مفهوم هذا أنه إذا جعل خيار الرؤية للمشترى يصح البيع ، وهو وجه للشافعية فى بيع العين الغائبة من غير صفة ولا رؤية متقدمة ، انظر الكلام عن بيع الغائب .

(٢) النووى على مسلم ١٠ : ١٥٤ و ٥ : ١٥٧ ، ونهاية المحتاج ٣ : ٤٢٣

يجعلونه أمارة على لزوم البيع، والشافعية يجعلونه أمارة على انعقاد البيع، إلا إذا قلنا إن كلمة لزوم الواردة فى تفسير الهداية المراد بها انعقاد البيع ولزومه لا أن البيع انعقد غير لازم فجعله اللمس لازما ، كما يتبادر إلى الذهن ، وعلى هذا يكون اللمس عند الحنفية أمارة على الانعقاد أيضا كالشافعية .

وأما الوجه الثالث ، فهو أبعدها عما فى الأحاديث ، فهو يعنى أن العقد حصل مستوفيا لشرائطه ، فإذا وقع اللمس قطع جميع الخيارات .

وعلة البطلان ، هى عدم الرؤية على التأويل الأول ، وعدم الصيغة على التأويل الثانى ، والشرط الفاسد على التأويل الثالث .

وهذا التعليل هو ما فى المنهاج وشرحه ، وقد علل النووى فى شرح مسلم البطلان بالغرر ، فقال بعد تفسيره للملامسة والمنابذة : وهذا البيع باطل للغرر. وقال فى حديث النهى عن بيع الغرر : واعلم أن بيع الملامسة . . . و . . . وأشباهها من البيوع التى جاءت فيها نصوص خاصة هى داخلة فى النهى عن بيع الغرر، ولكن أفردت بالذكر ونهى عنها لكونها من بياعات الجاهلية المشهورة [١] .

٤ — **الحنابلة :**

الملامسة : أن يبيعه شيئا ولا يشاهده على أنه متى لمسه وقع البيع [٢] .

هذا هو التفسير الذى ذكره ابن قدامة وقال : إنه ظاهر كلام أحمد [٣] . وتفسير الحنابلة هذا قريب من التفسير الذى أورده النسائى فى حديث أبى سعيد [٤] ، غير أنه واضح فى أن الإيجاب حصل من البائع ، واتفقا على أن لمس المشترى

---

(١) المصدر السابق

(٢) بأن يقول: بعتك ثوبى هذا على أنك متى لمسته فهو عليك بكذا . زاد المعاد ٤ : ٢٦٧

(٣) المغنى ٤ : ٢٠٧ وفيه: «ونحو هذا التفسير قال مالك والأوزاعى» .

(٤) ص ١١٩

السلعة يكون دلالة على القبول ، مع ملاحظة أن المشترى لا يعلم حقيقة المبيع .

وعلل ابن قدامة عدم الصحة بعلتين :

إحداهما : الجهالة ، فإذا كان المبيع واحداً فالجهالة من جهة عدم الرؤية ، وإذا كان المبيع متعددا ، بأن قال له : بعتك ما تلمسه من هذه الثياب فالجهالة من عدم التعيين ، فأشبه مالو قال : بعتك واحداً من هذه الثياب .

والثانية : كونه معلقا على شرط ، هو لمسه للشىء[1] .

وعلل ابن القيم المنع ، بما تضمنه هذا البيع من الخطر والغرر ، ومنع كون العلة هى تعليق البيع على شرط[2].

٥ — الشيعة :

للشيعة الزيدية ثلاثة تفاسير لبيع الملامسة .

١ ـ بيع ما لم يره بل يلمسه مع عدم الخيار .

٢ ـ إلقاء الثوب (على)[3] المبيع ثم يلمسه أمارة للعقد ولا لفظ .

٣ ـ البيع على أنه متى لمس المبيع نفذ البيع ولاخيار[4] .

وهذه التفاسير متفقة مع ما ذكره الشافعية .

وعلة بطلان بيع الملامسة عند الشيعة ، الجهالة على التفسير الأول ، وقد صرح فى البحر الزخار بهذه العلة عند ذكر التفسير الأول[5] ، ولم يأت بتعليل للتفسير الثانى والثالث ، والظاهر أن العلة عدم العقد على التفسير الثانى ، والتعليق

---

(١) المغنى ٤ : ٢٠٧

(٢) زاد المعاد ٤ : ٢٦٧ وانظر الكلام عن العقد المعلق

(٣) هكذا فى البحر الزخار ، ولعلها زائدة

(٤) البحر الزخار ٣ : ٢٩٤

(٥) البحر الزخار ٣ : ٢٩٤

على التفسير الثالث . فقد جاء فى البحر الزخار : من شروط صحة البيع العقد ، وهو إيجاب وقبول ؛ لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الجاهلية كالمنابذة والحصاة[١] . والملامسة تدخل فى هذا التشبيه . وجاء فى موضع آخر منه : من ضمن ضابط العقد الباطل ، أنه ما فقد فيه العقد كالملامسة والحصاة[٢] .

---

(١) البحر الزخار ٣ : ٢٩٧

(٢) المصدر السابق ٣ : ٣٨١

المبحث الخامس

بيع المنابذة(١)

النصوص : السنة :

ورد النهى عن بيع المنابذة فى كل الأحاديث التى ورد فيها النهى عن بيع الملامسة، فليرجع إليها(٢).

حكم بيع المنابذة وتفسيره :

بيع المنابذة من البيوع التى اتفق الفقهاء على منعها(٣)، لورود ذلك فى الحديث الصحيح ، وقد اختلف العلماء فى تفسير المنابذة، كما اختلفوا فى الملامسة. وسنسلك فى بيان آرائهم نفس الطريق الذى سلكناه فى الكلام عن الملامسة .

التفاسير الواردة فى الأحاديث :

١ ـ المنابذة هى : طرح الرجل ثوبه بالبيع إلى الرجل قبل أن يقلبه ، أو ينظر إليه . ذكر هذا التفسير البخارى ، والنسائى فى حديث أبى سعيد(٤).

٢ ـ المنابذة : أن ينبذ كل واحد من المتبايعين ثوبه إلى الآخر، ولم ينظر واحد منهما إلى ثوب صاحبه . ذكر هذا التفسير مسلم فى حديث أبى هريرة ، ومثله ما أخرجه مسلم أيضا فى حديث أبى سعيد ، المنابذة : أن ينبذ الرجل إلى الرجل بثوبه ، وينبذ الآخر إليه ثوبه ، ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراض(٥) ، وقريب منه ما فى النسائى من حديث أبى هريرة : المنابذة : أن

(١) ويسمى بيع النباذ . صحيح البخارى ٣ : ٧٠

(٢) ص ١١٨ و١١٩

(٣) المغنى ٤ : ٢٠٧، وإحكام الأحكام ٢ : ١١٨

(٤) البخارى ٣ : ٧٠، والنسائى ٧ : ٢٦٠

(٥) قال النووى : معناه بلا تأمل ورضى بعد التأمل ١٠ : ١٥٥

ينبذ الرجل إلى الرجل الثوب ، وينبذ الآخر إليه الثوب ، فيتبايعا على ذلك[1] .

قال الحافظ : وهذا التفسير أقعد بلفظ المنابذة ؛ لأنها مفاعلة فتستدعى وجود الفعل من الجانبين[2] .

٣ ـ أن يقول : إذا نبذت إليك الشيء ، فقد وجب البيع بيني وبينك.
هذا تفسير الترمذى لحديث أبى هريرة ، ومثله للنسائى فى حديث أبى سعيد[3]

٤ ـ المنابذة أن يقول : أنبذ ما معى وتنبذ ما معك ؛ ليشترى أحدهما من الآخر ، ولا يدرى كل واحد منهما كم مع الآخر . ذكر هذا التفسير النسائى فى حديث أبى هريرة[4] .

وهذه التأويلات تتفق كلها فى أن المبيع غير معلوم للمتبايعين ، أو لأحدهما ماعدا التأويل الثالث ، فإنه لم يصرح فيه بعدم العلم ، وإنما جعل فيه النبذ أمارة على وجوب البيع .

المنابذة عند فقهاء المذاهب :

١ ـ الحنفية :

البيع بالمنابذة هو : أن يتساوم الرجلان فى سلعة ، فإذا نبذها البائع إلى المشترى لزم المشترى البيع ، فليس له ألا يقبل ، ولا بد أن يسبق النبذ تراوض المشترى والبائع على الثمن .

---

(١) النسائى ٧ : ٢٦٠

(٢) فتح البارى ٤ : ٢٨٦

(٣) الترمذى بشرح ابن العربى ٦ : ٤٦ ، والنسائى ٧ : ٢٦٠

(٤) النسائى ٧ : ٢٦

وعلة الفساد :

١ ـ ما فى هـذا البيع من التعليق بالخطر ، فإنه فى معنى قول البائع للمشترى : إذا نبذت إليك السلعة فقد لزم البيع .

٢ ـ الجهالة إذا كان المبيع غير معين[١] .

وقد سار الحنفية فى تفسيرهم للمنابذة على نفس الطريقة التى فسروا بها الملامسة .

٢ ـ المالكية :

قال مالك فى الموطأ : المنابذة أن ينبذ الرجل إلى الرجل ثوبه ، وينبـذ الآخر إليه ثوبه على غير تأمل منهما ، ويقول كل واحد منهما لصاحبه : هذا بهذا[٢] .

قال الباجى : وإنما سمى بيع منابذة ؛ لأنه لا حـظ له من النظر والمعرفة لصفاته ، إلا أن يكون بيد صاحبه حتى ينبذه إليه .

وتفسير مالك هذا يتفق مع تفسير مسلم الذى فى حديث أبى هريرة ، ويلاحظ أن الإمام مالـكا فسر المنابذة بمعنى المفاعلة ، فى حين أنه لم يفعل ذلك فى تفسيره الملامسة ، حيث فسرها بحصولها من جانب واحد .

وعلة المنع ما فيه من الغرر ، قال ابن رشـد : ووجوه الغرر فى البيوع كثيرة ، منها ما نهى عنه النبى صلى الله عليه وسلم من بيع الملامسة والمنابذة[٣] .

وقال ابن القاسم عن الملامسة والمنابذة : إنها من أبواب القمار[٤] .

---

(١) الهداية مع فتح القدير ٥ : ١٩٦ـ١٩٧ وابن عابدين ٤ : ١٥١ وانظر ص ١٢٢

(٢) الموطأ بهامش المنتقى ٥ : ١٤

(٣) المقدمات الممهدات ٢ : ٢٢١

(٤) المدونة ١٠ : ٣٨

٣ ـ الشافعية :

قال النووى فى شرح مسلم : للشافعية ثلاثة أوجه فى تفسير المنابذة :

١ — أن يجعل المتبايعان نفس النبذ بيعاً اكتفاء به عن الصيغة، بأن يقول البائع للمشترى : إذا نبذته إليك أو نبذته إلى ، فقد بعتك بكذا .

وهذا هو تأويل الشافعى كما قال النووى ، وهو مختلف عن تأويله للملامسة مع أن المنطق يقضى أن يسير فى تأويله على وتيرة واحدة[١] .

٢ — أن يقول : بعتك ، فإذا نبذته إليك انقطع الخيار ولزم البيع .

٣ — المراد نبذ الحصاة[٢] .

وقد اقتصر فى المنهاج على الوجه الأول ، ولكن ذكر فى الشرح الوجه الثانى، وأورد وجها آخر لم يذكره النووى هو :

٤ ـ أن يكتفى بنبذه عن رؤيته . ولم يرد فى شرح المنهاج ولا فى نهاية المحتاج ذكر للوجه الثالث الذى أورده النووى[٣] .

وعلل البطلان فى شرح المنهاج بعدم الصيغة فى الصورة الأولى ، والشرط الفاسد فى الثانية ، وعدم الرؤية فى الرابعة[٤] .

وقال النووى فى شرح مسلم : وهذا البيع باطل للغرر[٥] .

٤ ـ الحنابلة :

المنابذة أن يقول : أى ثوب نبذته فقد اشتريته بكذا ، وهذا ظاهر كلام

---

(١) راجع ص ١٢٥

(٢) النووى على مسلم ١٠ : ١٥٥ وانظر ص ١١٥

(٣) نهاية المحتاج على شرح المنهاج ٣ : ٤٣٣

(٤) المصدر السابق .

(٥) النووى على مسلم ١٠ : ١٥٥

أحمد[1].

وبطلان هذا البيع يرجع لعلتين عند ابن قدامة :

إحداهما : الجهالة ، لأنه يشترى شيئاً غير معين ولا موصوف ، فأشبه ما لو قال: بعتك واحدا من هذه الثياب .

ثانيتهما : التعليق على شرط هو نبذ الثوب إليه[2] .

ولم يوافق ابن القيم على التعليل بالتعليق ، وعلل البطلان بالخطر والغرر[3] .

٥ ـ الشيعة الزيدية :

ذكر فى البحر الزخار ثلاثة أوجه لبيع المنابذة :

١ ـ أن يقول : ما نبذته إليك فقد بعته منك .

٢ ـ أن يقول : ما نبذته إليك فلا خيار لك فيه .

٣ ـ أن ينبذ إليه أثوابًا أو نحوها ليختار أيها ، فما اختاره نفذ البيع فيه .

وعلة البطلان عندهم الجهالة[4] .

ما الصورة التى تعارف عليها العرب فى الجاهلية لهذه البيوع وجاء النهى عنها؟

اتفقت كلمة شراح الحديث والفقهاء ، على أن بيع الحصاة والملامسة والمنابذة كانت من البيوع التى تعارف عليها العرب فى جاهليتهم ، ولكنهم ، كما رأينا ، ذكروا لنا صوراً متعددة ومختلفة لهذه البيوع ، فهل كانت كل هذه الصور يتعامل بها العرب ويطلقون عليها هذه الأسماء ؟ .

---

(١) المغنى ٤ : ٢٠٧ ونسب ابن قدامة هذا التأويل لمالك والأوزاعى .

(٢) المصدر السابق .

(٣) زاد المعاد ٤ : ٢٦٧

(٤) البحر الزخار ٣ : ٢٩٤ وانظر تفسيرهم الملامسة ص ١٢٧

ليس من اليسير أمام هذا الاختلاف تحديد الصورة ، أو الصور التى ورد النهى عنها ، كما أنه ليس من المقبول أن تكون جميع الصور التى ذكرها الفقهاء كانت متعاملا بها فى الجاهلية ، ذلك أن بعض التأويلات كان للرأى فيها مجال كبير ، فالشافعية والشيعة ذكروا من ضمن صور بيع الحصاة ما إذا جعل البائع للمشترى الخيار إلى أن يرمى بالحصاة[١] ، والخيار لم يكن معروفا عند الجاهلية ، وإنما شرع فى عهد الرسول، ليتحقق به الرضا الذى جعله القرآن أساساً للمعاملات المالية[٢] وأبو عوانة فسر الملامسة: بأن يتبايع القوم السلع لا ينظرون إليها ، ولا يخبرون عنها[٣] ، والإمام مالك أدخل فى بيع الملامسة ، ما إذا ابتاع الرجل الثوب ليلا وهو لا يعلم ما فيه ، أو ابتاع الثوب المدرج فى جرابه ، أو الثوب المطوى[٤]، وهذا يشبه أن يكون قياسا على بيع الملامسة .

علة النهى عن هذه البيوع :

العلة المشتركة عند جمهور الفقهاء للنهى عن هذه البيوع الثلاثة فى صورها المختلفة هى: الغرر ، الغرر الناشىء عن تعليق العقد على اللمس ، وهذا غرر فى صيغة العقد ، أو الغرر الناشىء عن عدم رؤية المبيع ، أو من عدم تعيينه ، وهذا غرر فى محل العقد .

وقد أضاف الشافعية والشيعة علة أخرى قالوا : إنها مبطلة لهذه البيوع فى بعض صورها وإن لم يكن فيها غرر ، هى عدم الصيغة ، كما يعبر الشافعية ، وعدم

---

(١) انظر ١١٥ و١١٦ وانظر تفسير الإباضية لبيع الملامسة والمنابذة بالحصاة فى شرح كتاب النيل ٤ : ٥٤ـ٥٧
(٢) البيوع والمعاملات المالية المعاصرة : ١٤٢
(٣) انظر ص ١٢١
(٤) انظر ١٢٢ ـ ١٢٤

العقد كما يعبر الشيعة الإمامية[1] وهذا التعليل متفق مع مذهب من يمنع بيع المعاطاة، فإن هذه البيوع فى الحالة التى يجعل فيها اللمس أو النبذ دلالة على انعقاد العقد تصبح صورة من صور بيع المعاطاة، ولا أرى وجها لمنع هذه الصورة عند من يجوز بيع المعاطاة[2].

وليست علة النهى فقدان الرضا، كما يرى بعض الفقهاء والباحثين[3]؛ لأن الرضا موجود فى هذه البيوع، ولكن الشارع لم يعتبره، كما لم يعتبر الرضا الحاصل فى عقود الربا؛ لما فيها من حق الله مع حق العبد، فرضا العبد بإسقاط حقه لا يؤثر فى إسقاط حق الله[4].

فائدة بحث هذه البيوع :

للبحث فى هذه البيوع فائدتان :

الأولى : فائدة تاريخية نظرية؛ لأن علماء الحديث والفقه اتفقوا على أن هذه البيوع من المعاملات التى كانت متعارفا عليها عند العرب فى جاهليتهم. فدراستها إذاً وبيان حقيقتها، تكشف لنا صورة من صور المعاملات فى ذلك العهد.

وقد استنتج بعض الباحثين : أن هذه البيوع أمارة صدق على أن الأمم فى بداية حضارتها تتشابه فى عقليتها، فإن هذه البيوع تشبه إلى حد كبير فى أسسها وقوامها ما كان عند الرومان فى فترة من حياتهم من العقود الرسمية أو الشكلية.

من ذلك، الطريقة المعروفة عندهم باسم مانسيباسيو Mancipatio، فقد كانت هذه العقود الجاهلية تطغى فيها الشكلية على حرية العاقدين، كما كانت

---

(١) انظر ص ١١٥ و ١١٧ و ١٢٧ و ١٢٨ وانظر الروضة البهية ٢٢٥

(٢) انظر إحكام الأحكام ٢ : ١١٩

(٣) انظر البدائع ٥ : ١٧٦، والبيوع والمعاملات المالية المعاصرة ١٤٣ للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى.

(٤) الفروق ١ : ١٤١

عقود الرومان خاضعة لصور من الشكلية المادية .

والثانية: فائدة عملية بالنسبة لوقتنا الحاضر ، فإنه بمعرفة حقيقة هذه البيوع التى ورد النص بمنعها ، والتعرف على علة المنع ، يمكننا أن نقيس عليها بعض المعاملات التى تجرى فى عصرنا ، فبيع الحصاة على تفسير الكمال بن الهمام يمكن أن يقاس عليه بعض صور اليانصيب ، كالرمى بالحلقة المتعارف عليه عندنا باسم « لبِّس تكسب » وهى عبارة عن أن يشترى شخص حلقة بقرش ، ويرمى بها على منضدة ، موضوع عليها عدد من السلع المختلفة ، فأية سلعة أحاطت بها الحلقة أخذها الرامى[1] .

---

(١) انظر البيوع والمعاملات المالية المعاصرة ١٤٠ — ١٤١ ، والمدخل الفقهى العام للأستاذ الزرقا ٢٠٢ . وف ١٣٥

المبحث السادس

العقد المعلق والعقد المضاف

أ ـ العقد المعلق

تعريفه :

العقد المعلق هو : ما علق وجوده على وجود أمر آخر ، ممكن الحصول ، بأداة من أدوات التعليق[١] ، مثاله فى عقد البيع ، أن يقول شخص لآخر : بعتك دارى هذه بألف جنيه إن باع لى فلان داره .

ويذكر بعض الفقهاء فى التعريف عبارة « على خطر الوجود ، أو محتمل الوجود ، بعد أمر » وبعضهم لا يذكرها فى التعريف ، ولكنه يجعلها شرطاً للتعليق الحقيقى[٢] ، وكلا المسلكين لا يتفق فى نظرى مع المعنى الاصطلاحى

---

(١) هذا تعريف للتعليق الحقيقى ، وقد يكون التعليق صورياً فى بعض الحالات وهى :

ا ـ إذا كان المعلق عليه موجوداً وقت التعليق ، فإن العقد فى هذه الحالة يكون منجزاً فى حقيقته ، مثاله،أن يقول شخص لآخر : إن كان فلان باع لك داره بألف ، فقد بعتك دارى بألف ، ويقبل الآخر ، ثم يتبين أن فلاناً باع المشترى داره بألف .

ب ـ إذا كان التعليق على مشيئة الطرف الآخر ، كما إذا قال شخص لآخر : بعتك هذه الدار بألف إن شئت ، فإن هذا العقد فى حكم المنجز ، لأن عقد البيع لا يوجد إلا بالقبول ، والقبول إظهار لمشيئة العاقد الآخر ، فكأن العقد فى الحقيقة معلق دائماً على هذه المشيئة ، فذكرها وعدمه سيان .

حـ ـ إذا كان المعلق عليه أمراً مستحيل الحصول ، كما إذا قال شخص لآخر : إن سقطت السماء فقد بعتك هذه الدار بألف ، فإن الغرض من هذا التعليق بيان استحالة البيع . انظر المدخل للفقه الإسلامى للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ٦١٥ـ٦١٨ ، وأحكام المعاملات الشرعية للأستاذ على الخفيف ٣٥٧ـ٣٥٨ ، وابن عابدين ٤ : ٣٠٧ ، والفروق للقرافى ، الفرق الخامس والأربعون . والمجموع ٩ : ٣٤٠ ، ٣٤٢

(٢) أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ الخفيف ٢٦٦ ، والمدخل للفقه الإسلامى للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ٦١٦ ، وقارنه [illegible] ٦١٧ ، والفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد ف ١٤٢ ، وقارنها مع ف ٢٤٥ و ف ٢٤٧ هامش ، ومرشد الحيران مادة ٣١٨ ، والأشباه والنظائر بشرح الحموى ٢ : ٢٢٤ وقارنه مع ما فى الشرح عن ٢٢٥ ، وما فى الأشباه ١ : ٢٥٥ . والأجل فى الالتزام الدكتور عبد الناصر العطار ٦٢ـ٧٢ .

للتعليق ، فإن الذى يفهم من عبارات أكثر الفقهاء ، أن المدار فى التعليق ، أن يكون المعلق عليه أمرا غير موجود وقت التعليق ، ولكنه ممكن الوجود ، وأن يربط بين حصول المعلق والمعلق عليه بأداة من أدوات التعليق .

ولعل الذى حمل أولئك البعض على هذا المسلك ، هو أن التعليق على أمر محقق الحصول كالتعليق على الغد ، هو فى الواقع إضافة إلى الغد ، وهذا حق ، ولكنه لا يغير فى الحقيقة الثابتة ، وهى أن الفقهاء اصطلحوا على تسميته تعليقاً ، وأعطوه حكم التعليق ، لا حكم الإضافة ، ولهذا نجدهم يفرقون تفرقة عملية بين قول السيد لعبده : « أنت حر غداً » وقوله له : « إذا جاء غد فأنت حر » فإن السيد فى الحالة الأولى لا يملك بيع العبد قبل الغد ، وفى الحالة الثانية يملك بيعه قبل الغد .

كما يفرقون بين قول القائل : لله على أن أتصدق بكذا غداً ، وبين قوله : إذا جاء غد فلله على أن أتصدق بكذا ، فنى الحالة الأولى يجوز له أن يعجل الصدقة قبل الغد ، وفى الحالة الثانية لا يجوز له التصدق قبل الغد [(١)] .

حكم البيع المعلق :

عقد البيع لا يقبل التعليق ، فإذا علق فسد العقد عند جمهور الفقهاء [(٢)] ، فلو قال شخص لآخر : بعتك دارى هذه بألف إن باع لى فلان داره ، فقال : قبلت ، فالبيع غير صحيح .

ولكن يستثنى بعض العلماء من هذا ، التعليق على رضا شخص ثالث ، فإنه لا يفسد البيع إذا وقت بما لا يزيد على مدة خيار الشرط ، فإذا قلت لآخر :

---

(١) ابن عابدين ٤ : ٣٢٣ والأشباه والنظائر بشرح الحموى ١ : ٢٠٥ .

(٢) ابن عابدين ٤ : ٢٠٨ ، الفروق ١ : ٢٢٨ — ٢٢٩ . والمجموع ٩ : ٣٤٠ ، والإقناع ٣ : ١٥٧ . والفروع ٢ : ٣٨٤ . والمغنى ٦ : ٥٩٩ ، والبحر الزخار ٢ : ٢٩٣ .

بعتك دارى هذه بألف إن رضى فلان ، فى مدى ثلاثة أيام. فقال لك: قبلت، صح البيع ؛ لأن هذا فى معنى اشتراط الخيار لأجنبى ، وهو شرط جائز [١] .

علة فساد البيع المعلق:

والعلة فى فساد البيع مع التعليق هى :

١ ــ الغرر، [٢] فإن كلا من المتبايعين لا يدريان ــ فى البيع المعلق ــ هل يحصل الأمر المعلق عليه فيتم البيع ، أو لا يحصل فلا يتم ، كما لا يدريان متى يحصل فى حالة حصوله ، وقد يحصل فى وقت تكون فيه رغبة المشترى أو البائع قد تغيرت ، ففى البيع المعلق غرر من حيث حصوله وعدمه ، وفيه غرر أيضاً من حيث وقت حصوله ، وفيه غرر كذلك من حيث تحقق الرضا وعدمه عند حصول المعلق عليه . والحنفية يجعلون فى التعليق قماراً ، ففى الدر المختار : « .. لأنها تمليكات للحال فلا تضاف للاستقبال ، كما لا تعلق بالشرط لما فيه من القمار » [٣] .

٢ ــ منافاة التعليق للعقد ، لأن البيع من عقود التمليك المالية ، والأصل فى هذه العقود أن يترتب عليها أثرها فى الحال ، فتنتقل ملكية المبيع من البائع إلى المشترى ، والتعليق يمنع ذلك [٤] .

٣ ــ عدم تحقق الرضا بالعقد مع التعليق ؛ وذلك لأن الرضا إنما يكون مع الجزم ، ولا جزم مع التعليق ؛ لأن الشأن فى المعلق عليه أن يكون متردداً بين

---

(١) ابن عابدين ٤ : ٩٠٢ ؛ الحنابلة لا يجوزون التعليق على رضا شخص ثالث . الإقناع مع الكشاف ٣ : ١٥٧ .

(٢) البحر الزخار ٣ : ٢٩٢ والمهذب مع المجموع ٩ : ٣٤٠ ، وأحكام المعاملات الشرعية للأستاذ الخفيف ٢٦٠ . والمدخل للفقه الإسلامى للأستاذ مدكور ٦٢٠ .

(٣) ابن عابدين ٤ : ٢٢٤ . ومثله فى الزيلعى ٤ : ١٣١ .

(٤) ابن عابدين ٤ : ٢٢٤ ، وكشاف القناع ٣ : ١٥٧ ط أنصار السنة ١٣٦٦ .

الحصول وعدمه ، وإذا كان الأمر كذلك فلا يوجد رضا بأمر ثابت مستقر ، والأملاك لا تنتقل بمثل هذا الرضا المتأرجح [١] .

رأى ابن تيمية فى تعليق البيع :

يرى ابن تيمية ، جواز تعليق العقود بالشروط ، إذا كان فى ذلك منفعة للناس ، ولم يكن متضمناً ما نهى الله عنه ورسوله ، وهذا متفق مع مبدئه من أن الأصل فى الشروط الجواز ، حتى يقوم الدليل على المنع ؛ لأن التعليق نوع من الاشتراط فى العقد .

وقد ذكر ابن تيمية عن الإمام أحمد ، جواز تعليق البيع بشرط وقال : إنه لم يجد عنه ولا عن قدماء أصحابه نصاً يخالف ذلك ، وإن عدم جواز التعليق ذكره المتأخرون من أصحاب أحمد ، كما ذكر ذلك المتأخرون من أصحاب الشافعى [٢] .

وتبع ابن تيمية تلميذه ابن القيم فى إجازة التعليق ، قال فى إعلام الموقعين : وتعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات وغيرها بالشروط أمر قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة ، فلا يستغنى عنه المكلف ... ونص الإمام أحمد على جواز تعليق البيع فى قوله : إن بعت هذه الجارية فأنا أحق بها بالثمن ، واحتج بأنه قول ابن مسعود » [٣] .

ويدفع ابن تيمية حجة القائلين بأن فى تعليق البيع غرراً بما يأتى :

«أما قول القائل « إن هذا غرر » ، فيقال : إن النبى صلى الله عليه وسلم نهى

---

(١) الفروق ٢٢٨ - ٢٢٩ والملكية ونظرية العقد للأستاذ أبى زهرة ٢٥٣ . وانظر الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد ١ : ف ١٥٤ .

(٢) نظرية العقد ٢٢٧ .

(٣) إعلام الموقعين ٣ : ٢٣٧ - ٢٣٨ المنيرية ، وأيد رأى ابن تيمية وابن القيم بعض الفقهاء المحدثين ، انظر أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ الخفيف ٢٦٥ ، والمدخل للفقه الإسلامى للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ٦٢٠ - ٦٢١ ، والفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد للأستاذ الزرقا ١ : ف ٢٣٣ - ٢٣٧ .

أن يكون الغرر مبيعا ، ونهى عن أن يباع ما هو غرر ، كبيع السنين ، وحبل الحبلة ، وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها ، وعلل ذلك بما فيه من المخاطرة التى تتضمن أكل المال بالباطل ، كما قال : « أرأيت إن منع الله الثمرة بما يأكل أحدكم مال أخيه بغير حق ؟ » وهذا هو القمار ، وهو المخاطرة التى تتضمن أكل المال بالباطل ، فإنه متردد بين أن يحصل مقصوده بالبيع ، وبين ألا يحصل ، مع أن ماله يؤخذ على التقديرين ، فإذا لم يحصل كان قد أكل ماله بالباطل . وأما البيع نفسه فليس غرراً ، بل هو عقد واقع لا يسمى غرراً سواء كان منجزاً أو معلقا بشرط ، فإن النذر المعلق بالشرط لا يسمى غرراً وتعليق العقد بشرط لا يسمى غرراً ، وأمثال ذلك . وذلك أن هذا عقد على صفة معينة ، لا يتناول غير تلك الصفة ، فإن حصلت تلك الصفة حصل العقد ، وإن لم يكن هناك عقد[1] ، فهذا ليس بتغرير ، وإنما التغرير[2] : أن يعقد له عقداً يأخذ فيه ماله ، ويبقى فى العوض الذى يطلبه على مخاطرة ، فإن لم يحصل كان قد أكل ماله بالباطل ، فهذا هو الغرر الذى يدخل بيعه فى معنى القمار والميسر الذى حرمه الله ورسوله صلى الله عليه وسلم .

فأما كون العقد جائزا يجوز أن يلزم إن وجد شرط لزومه ، ويجوز ألا يلزم ، أو كونه يجوز أن ينعقد إن وجد شرط انعقاده ، ويجوز ألا ينعقد ، فليس هذا مما دخل فى نهيه صلى الله عليه وسلم ، وليس هذا من القمار ؛ لأن العقد إن حصل ، أو لزم ، حصل المقصود بحصوله ولزومه ، وإن لم يحصل ، أو لم يلزم ، لم يحصل المقصود بحصوله ولزومه ، فعلى التقديرين لا يكون أحد المتعاقدين قد أكل مال الآخر بالباطل أصلا ، ولا قمر أحدهما الآخر .

---

(١) هكذا فى النسخة التى بيدى ، ولعل الصواب : وإن لم تحصل لم يكن هناك عقد .

(٢) استعمل ابن تيمية هنا التغرير مكان الغرر راجع ص ٣٥

ألا ترى أنه فى بيع الملامسة والمنابذة ، إذا أوجبنا البيع قبل رؤية المشترى للمبيع ، كان هذا مخاطرة وقمارا ، فإنه قد يكون جيدا يرضاه ، وقد لا يكون ، فإذا التزم به قبل معرفته كان قمارا ، وهذا لا يجوزه أحد من الأئمة .

وأما إذا رأيا الثوب وقال : إذا نبذته إليك فقد بعتك هذا ، فهذا تعليق على إقباضه له ، وهو من جنس بيع المعاطاة ، فإنه ينعقد بالإعطاء ، ولا فرق بين قوله : آخذ هذا الثوب بدرهم ، وبين قوله : إن أخذته فهو على بدرهم ولا فرق بين قوله : انبذ إلى هذا الثوب أو ألقه إلى ، أو اطرحه إلى ، أو سلمه إلى ، أو أعطنيه بدرهم ، وبين قوله : إن نبذته أو ألقيته أو طرحته إلى فهو على بدرهم[1] ، فإذا كان قد نشر الثوب وعلماه ، لم يكن فى هذا من المقامرة شيء »[2] .

ويدفع ابن تيمية الحجة الثانية القائلة بأن فى التعليق منافاة للعقد بأنها مبنية على أصل فاسد هو : أن موجب عقد البيع التسليم فى الحال . وسبب فساده أنه أصل لم يدل عليه الشرع ، بل إن الشرع دل على خلافه ، فالنبى صلى الله عليه وسلم جوز بيع الثمر بعد بدو الصلاح مستحق البقاء إلى كمال الصلاح . فموجب العقد عند ابن تيمية تارة يكون استحقاق التسليم عقبه ، وتارة يكون تأخير التسليم لمصلحة

---

(١) إن كان ابن تيمية يريد أنه لا فرق بين التنجيز والتعليق فى هذه الأمثلة فى حالة حدوث المعلق عليه فى مجلس العقد ، فسلم . أما إن كان يريد أنه لا فرق بينهما ، ولو كان المعلق عليه سيحدث فى المستقبل وفى أى وقت أراده البائع ، فغير مسلم ، لأن الفرق هنا واضح ، فالأمر فى حالة التعليق فى يد البائع ، يستطيع أن يلزم المشترى بالعقد فى أى وقت شاء ، وقد لا تكون للمشترى رغبة فى الثوب فى الوقت الذى ينبذه إليه البائع ، وفى هذا مخاطرة وغرر من جانب المشترى .

(٢) نظرية العقد ٢٢٧–٢٢٩ .

من المصالح التى تقتضى التأخير[1] .

وقد أيد ابن القيم رأى أستاذه بعبارات قوية ننقلها فيما يلى :

قال : « وقولهم إن موجب العقد التسليم فى الحال» ، جوابه : أن موجب العقد إما أن يكون ما أوجبه الشارع بالعقد ، أو ما أوجبه المتعاقدان مما يسوغ لهما أن يوجباه ، وكلاهما منتف فى هذه الدعوى ، فلا الشارع أوجب أن يكون كل مبيع مستحق التسليم عقيب العقد ، ولا العاقدان التزما ذلك ، بل تارة يعقدان العقد على هذا الوجه ، وتارة يشترطان التأخير ، إما فى الثمن ، وإما فى المثمن ، وقد يكون للبائع غرض صحيح ومصلحة فى تأخير التسليم للمبيع ، كما كان لجابر رضى الله عنه غرض صحيح فى تأخير تسليم بعيره إلى المدينة ، فكيف يمنعه الشارع ما فيه مصلحة له ، ولا ضرر على الآخر فيه ، ولو لم ترد السنة بهذا ، لكان محض القياس يقتضى جوازه . .

وقد اتفق الأئمة على صحة بيع الأمة المزوجة ، وإن كانت منفعة البضع للزوج ، ولم تدخل فى البيع ، واتفقوا على جواز تأخير التسليم إذا كان العرف يقتضيه ، كما إذا باع مخزنًا له فيه متاع كثير لاينقل فى يوم ولاأيام ؛ فلا يجب عليه جمع دواب البلد ونقله فى ساعة واحدة ؛ بل قالوا : هذا مستثنى بالعرف ، فيقال : وهذا من أقوى الحجج عليكم ، فإن المستثنى بالشرط أقوى من المستثنى بالعرف ، كما أنه أوسع من المستثنى بالشرع ، فإنه يثبت بالشرط ما لايثبت بالشرع ، كما أن الواجب بالنذر أوسع من الواجب بالشرع .

وأيضًا فقولكم : إن موجب العقد استحقاق التسليم عقيبه ، أتعنون أن هذا موجب العقد المطلق ، أم مطلق العقد ؟ فإن أردتم الأول فصحيح ، وإن أردتم الثانى فممنوع ، فإن مطلق العقد ينقسم إلى المطلق والمقيد ، وموجب العقد

---

(١) القياس لابن تيمية ٢٨ ، ونظرية العقد له ٢٣٤

المقيد ما قيد به ، كما أن العقد المقيد بتأجيل الثمن وثبوت خيار الشرط والرهن والضمين هو ما قيد به ، وإن كان موجبه عند إطلاقه خلاف ذلك . ثم العقد المطلق شيء ، وموجب العقد المقيد شيء . والقبض فى الأعيان والمنافع كالقبض فى الدين ، والنبى صلى الله عليه وسلم جوز بيع الثمرة بعد بدو الصلاح مستحقة الإبقاء إلى كمال الصلاح ، ولم يجعل موجب العقد ، القبض فى الحال ، بل القبض المعتاد عند انتهاء صلاحها[1] .

هذه وجهة نظر ابن تيمية ، وهى تقوم على ثلاث نقاط :

إحداها : أن الغرر المنهى عنه هو ما كان فى المبيع ، فالنبى صلى الله عليه وسلم نهى أن يباع ما هو غرر ، كبيع السنين ، وحبل الحبلة ، وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها ، أما البيع نفسه فلا يسمى غررا ، سواء أكان منجزا أم معلقا بشرط ، ولهذا فإن النهى لايتناوله . وقد بينا رأينا فى هذه المسألة عند شرحنا لحديث النهى عن بيع الغرر فى الفصل الثانى من الباب الثانى[2] ، ووضحنا : أن الغرر يكون فى صيغة العقد ، كما يكون فى محله ، ولعل أوضح مثال للغرر فى الصيغة هو العقد المعلق ، فإن العاقدين لايدريان ، هل يحصل العقد أولا يحصل ؟ وإذا حصل فإنهما لايدريان وقت حصوله .

ثانيتها : أن الغرر المنهى عنه ما كان فيه أكل للمال بالباطل . وليس فى تعليق البيع أكل للمال بالباطل . يوضح ذلك : بيع الثمرة قبل بدو صلاحها فإنه من الغرر المنهى عنه ؛ لأنه متردد بين أن يوجد الثمر كما توقعه المشترى وبين ألا يوجد كما توقعه ، مع أن البائع أخذ مال المشترى على التقديرين ، فإذا لم يوجد كما توقعه كان البائع قد أكل مال المشترى بالباطل .

أما البيع المعلق ، فإنه عقد على صفة معينة ، يجوز أن يوجد

---

(١) اعلام الموقعين ٢ : ١٠ ط السعادة ١٣٧٤ هـ

(٢) ص ٦٢ — ٦٣

إن وجد الشرط المعلق عليه،وفى هذه الحالة يلزم الثمن ، ويجوز ألا يوجد إن لم يوجد المعلق عليه ، وفى هذه الحالة لا يلزم المشترى شيء، فعلى التقديرين ، تقدير وجود العقد وتقدير عدم وجوده ، لا يكون أحد المتعاقدين قد أكل مال الآخر بالباطل .

يزيد ذلك وضوحاً أنه فى بيع المنابذة ، إذا التزم المشترى بالمبيع قبل رؤيته له بالثمن الذى اتفقا عليه ، كان من الغرر المنهى عنه ؛ لأن المبيع قد لا يكون كما توقعه المشترى، وفى هذه الحالة يكون البائع قد أكل مال المشترى بالباطل ، أما إذا رأى المشترى الثوب وقال له البائع : إذا نبذته إليك فقد بعتك بكذا وقبل المشترى ، فإن هذا تعليق للبيع على نبذ المبيع ، وليس من الغرر المنهى عنه ، لأنه ليس فيه أكل للمال بالباطل ، فإن المشترى يدفع ماله للبائع نظير الثوب الذى رآه ورضيه ، هذا إذا نبذ إليه الثوب ، أما إذا لم ينبذه فإنه لا يدفع شيئا .

وليس الأمر عندى ، كما قال ابن تيمية،فإنى أرى : أن التعليق قد يؤدى إلى أكل المال بالباطل فى حالة وجود العقد ؛ وذلك لأن العقد سيوجد فى وقت مستقبل ، لا يعلم العاقدان كيف يكون فيه حال السلعة ، وكم قيمتها ، فلو باع شخص سلعة بمائة جنيه بيعا معلقا ، وعند حصول الأمر المعلق عليه نزل سعر تلك السلعة فأصبح سبعين جنيها ، أو زاد فأصبح مائة وثلاثين جنيها ، ألا يكون أحدهما قد أكل مال الآخر بالباطل ؟ وهل هناك فرق بين هذا البيع ، وبيع الثمر قبل بدو صلاحه ؟ فكما أن بيع الثمر قبل بدو صلاحه متردد بين أن يوجد ، كما توقعه المشترى ، وألا يوجد كما توقعه ، فكذلك البيع المعلق متردد بين أن تكون قيمة السلعة عند وجود العقد كما توقعها المشترى ، وألا تكون كما توقعها . فأكل المال بالباطل موجود فى البيعين على حد سواء ، ولذا فإنى أرى منع تعليق البيع إلا إذا تعينت الحاجة اليه .

ثالثها : إنه لم يرد في الشرع ما يدل على أن موجب عقد البيع التسليم في الحال ، حتى يقال : إن التعليق ينافى عقد البيع ، بل إن الشارع جوز تأخير تسليم المبيع إذا اقتضت المصلحة ذلك .

وإنى أرى : أن ما قرره جمهور الفقهاء من أن موجب عقد البيع التسليم فى الحال ، هو الأصل والغالب ، ولكن هذا لايمنع العاقدين من أن يتفقا على تأخير تسليم المبيع ، للأدلة التى وردت فى كلام ابن تيمية وابن القيم ، على أن التعليق فى نظرى ، ليس فيه تأخير لتسليم المبيع ، وإنما فيه تأخير للعقد نفسه ، وجعل وجوده موقوفا على وجود الأمر المعلق عليه على رأى الحنفية ، فبحث منافاة تأخير تسليم المبيع لموجب عقد البيع يكون مقبولا فى البيع المنجز الذى يشترط فيه تأخير التسليم ، ولا محل له فى العقد المعلق .

(ب) العقد المضاف

تعريفه والفرق بينه وبين العقد المعلق :

العقد المضاف هو ما أضيف فيه الإيجاب إلى زمن مستقبل ، مثاله فى البيع ، أن يقول شخص لآخر : بعتك دارى هذه بكذا من أول الشهر القادم ، فيقول له : قبلت ، والذى يؤخذ من ظاهر الأمثلة التى يذكرها الفقهاء للعقد المضاف ، أن المضاف إليه لابد أن يكون محقق الوقوع ، ولكنا لو أخذنا بهذا الظاهر لخرجت بعض العقود عن التنجيز ، والتعليق ، والإضافة ، فإذا قال شخص لآخر : بعتك دارى عند قدوم فلان من سفره ، ففى أى قسم نضع هذا العقد ؟ وواضح أنه ليس منجزا ، والظاهر أنه غير معلق ؛ لعدم وجود أداة التعليق ، وإذا قلنا : إن العقد المضاف يشترط أن يكون ما أضيف إليه محقق الحصول ، كان غير مضاف أيضا ؛ لأن قدوم فلان محتمل الحصول .

لهذا فإننى أرى : أن المضاف إليه يكون محقق الحصول ، وهو الغالب ، وقد

يكون محتمل الحصول ، كما أن المعلق عليه يكون محتمل الحصول ، وهو الغالب ، وقد يكون محقق الحصول . وعلى هذا يكون الفارق بين التعليق والإضافة من حيث الصورة ، هو وجود أداة التعليق وعدمها .

والعقد المضاف لا يترتب عليه أثره فى الحال ، وإنما يتأخر إلى مجىء الوقت الذى أضيف إليه ، وهو فى هذا يتفق مع العقد المعلق ، فإن أثره يتأخر أيضاً إلى حصول الأمر المعلق عليه ، غير أن الحنفية يفرقون بينهما ، بأن التعليق يمنع المعلق عن السببية للحكم ، فإذا قلت لشخص : بعتك دارى بكذا فقال لك : قبلت ، كانت هذه الصيغة سببا للبيع ، وترتب عليها أثرها فى الحال ، أما إذا قلت له : بعتك دارى بكذا إن باع لك فلان داره ، فقد منعت انعقاد العقد سببا للحال ، وجعلته متأخرا إلى وجود الشرط المعلق عليه ، فعند وجوده ينعقد سببا مفضيا إلى حكمه .

أما الإضافة فلا تمنع الصيغة المضافة من أن تكون سببا للحكم فى الحال فإذا قلت : بعتك دارى بكذا من أول الشهر القادم ، انعقد سببا ، وإنما يتأخر حكمه إلى الوقت المضاف إليه ، فالإضافه لا تخرج العقد عن السببية ، بل تؤخر حكمه فقط ، بخلاف التعليق فإنه يمنع السببية فى الحال ، وإذا امتنعت السببية لم يترتب الأثر ، فإرجاء الأثر فى حالة التعليق تبعا ، أما إرجاؤه فى حالة الإضافة فيجىء أصالة[1] .

---

(١) ابن عابدين ٤ : ٣٢٢

الشافعية لا يرون هذه التفرقة ، فكل من العقد المعلق والعقد المضاف يكون عندهم سبباً لحكمه للحال ، وإنما يتأخر الحكم بسبب الإضافة فى المضاف، وبسبب التعليق فى المعلق . أحكام المعاملات للأستاذ الخفيف ١٥٩ والمدخل للفقه الاسلامى للأستاذ مدكور ٦٢٢ . وقد لاحظت أن الشافعية يسمون الإضافة تعليقا أحيانا . انظر المجموع ٩ : ٣٤٠ .

حكم البيع المضاف :

عقد البيع لا يقبل الإضافة عند جمهور الفقهاء[١] ، كما لا يقبل التعليق ، فإذا أضيف البيع إلى زمن مستقبل فسد العقد ، فلو قلت لشخص : بعتك دارى هذه بكذا من أول الشهر القادم ، فقال لك : قبلت : لا يصح البيع .

والعلة فى فساد البيع مع الإضافة ، هى نفس العلة فى فساده مع التعليق : الغرر ، ومنافاة الإضافة لعقد البيع ، وعدم تحقق الرضا فى بعض الصور ،[٢] غير أن منافاة الإضافة للعقد أظهر من منافاة التعليق له ؛ وذلك لأن الإضافة ترجىء الأثر ، ولا تمنع السببية ، كما قلنا ، فتكون المنافاة ظاهرة لأنه إذا انعقد العقد سببا لحكمه ، وسلمنا أن الأصل أن يترتب على العقد أثره بمجرد انعقاده سببا ، وجاءت الإضافة فأرجأت ذلك الأثر ، فإنها تكون منافية للعقد من غير شك .

أما التعليق فإن منافاته للعقد غير ظاهرة ؛ وذلك لأن التعليق يمنع العقد من أن يكون سببا لحكمه ، أى أن العقد نفسه لا يوجد إلا عند وجود الأمر المعلق عليه ، وإذا لم يوجد العقد لا يوجد أثره بداهة ، فالقول بأن التعليق ينافى العقد قول غير سليم ، لأن الأثر لم يتخلف بسبب التعليق ، وإنما تخلف لعدم وجود سببه[٣] .

وأما الغرر فإنه أظهر فى التعليق منه فى الإضافة ، وذلك لأن العقد المعلق فى أكثر صوره لا يدرى هل يحصل أولا يحصل ، وإذا حصل لا يدرى وقت

---

(١) خالف ابن تيمية وابن القيم الجمهور هنا ، كما خالفاهم فى العقد المعلق ، وحجتهما هنا هى حجتهما هناك .

(٢) انظر ص١٣٩

(٣) هذه الملاحظة مبنية على رأى الحنفية فى التفرقة بين التعليق والإضافة ، أما على رأى الشافعية فإن المنافاة واضحة فى الحالين ، لأن كلا من التعليق والإضافة ، عند الشافعية ، يرجىء الحكم ولا يمنع السبب .

حصوله ، فهو عقد مستور العاقبة ، أما العقد المضاف فإنه فى أكثر صوره محقق الحصول ، ومعروف وقت حصوله ، فمن أين يأتيه الغرر ؟

الحقيقة أنى لا أكاد ألمح غرراً فى الإضافة إلا من جهة مايحتمل أن يحدث فى بعض الأحيان من زوال مصلحة أحد العاقدين ورضاه بالعقد عند مجىء الزمن المضاف إليه ، فلو أن شخصاً اشترى سلعة بعقد مضاف ثم تغيرت ظروفه أو تغيرت السوق فانخفض سعر تلك السلعة فى الوقت الذى أضيف إليه العقد ، فإن المشترى يكره من غير شك تنفيذ ذلك العقد ويندم على الإقدام عليه ، بل ربما تتغير السلعة نفسها فيقع النزاع بين المتبايعين .

ومن هنا نستطيع أن نقول : إن الغرر يدخل العقد المضاف من جهة كون المتعاقدين لايدريان فى الوقت الذى أبرما فيه العقد كيف يكون رضاهما بالعقد ومصلحتهما فيه عند ترتب أثره عليه ، كما أنهما لايدريان كيف يكون المبيع فى ذلك الوقت (١) .

وأما عدم تحقق الرضا بالعقد فلا يوجد فى العقد المضاف إلا فى الحالات القليلة التى قلنا : إن المضاف إليه قد يكون فيها غير محقق الوقوع .

التعليق والإضافة فى القانون :

تحدث القانون المصرى عن التعليق والإضافة فى الفصل الأول من الباب الثالث تحت عنوان « الشرط والأجل » وذلك فى المواد ٢٦٥ — ٢٧٤

وسنلخص من أحكام القانون ما يتعلق بموضوعنا ، فنتكلم عن :

---

(١) هذا المعنى موجود أيضاً فى العقد المعلق زيادة على المعانى التى ذكرناها ، ولهذا كان الغرر فى التعليق أظهر ، وأكثر منه فى الإضافة .

١ ـ معنى التعليق والإضافة فى القانون .

٢ ـ حكم البيع المعلق والمضاف .

٣ ـ أثر التعليق والإضافة .

١ ـ تعريف الالتزام المعلق والالتزام المضاف :

(أ) الالتزام المعلق

يستفاد من المادة ٢٦٥ [١] أن الالتزام [٢] المعلق على شرط هو « ما كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل غير محقق الوقوع » .

فالمعلق عليه ـ الشرط ـ لابد أن يكون :

١ ـ أمراً مستقبلا .

٢ ـ غير محقق الوقوع .

فلو علق الالتزام على أمر واقع كان التزاما منجزا ، لا معلقا ، ولو كان المتعاقدان على جهل بذلك . وإذا كان الأمر مستقبلا ، ولكنه محقق الوقوع لا يكون الالتزام معلقا ، وإنما يكون هذا من قبيل الإضافة كما سيأتى .

ويستفاد من هذه المادة أيضا أن الشرط ـ المعلق عليه ـ قد يترتب على تحققه وجود الالتزام ، وهو ما يعرف بالشرط الموقف أو الواقف ، وقد يترتب على تحققه زوال الالتزام ، وهو ما يعرف بالشرط الفاسخ [٣] .

---

(١) نص المادة : « يكون الالتزام معلقا على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل غير محقق الوقوع » .

(٢) يراعى أن التعليق يرد على الالتزام ذاته ، دون العقد أو التصرف القانونى بوجه عام ، فالواقع أن كل تعبير عن الإرادة يتضمن صورة من صور التعليق ينشىء التزاماً شرطيا . مذكرة المشروع التمهيدى ، مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ : ٧

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ : ٧ والموجز للدكتور السنهورى ٤٦٥ و ٤٦٨ و ٤٦٩

التعليق على الشرط المستحيل :

ويستفاد من المادة ٢٦٦[١] أن الشرط المعلق عليه يجب أن لا يكون مستحيلا ، فإن من مستلزمات التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط « معدوماً على خطر الوجود » لا يستطاع الجزم بما سيكون من أمره ، فمتى كان الشرط مستحيلا ، وهو ما يمتنع تحققه بحكم الواقع ، انتفت حقيقة التعليق ، فإذا كان الشرط المستحيل شرطا واقفا فالالتزام لن يوجد ، وإذا كان شرطا فاسخا فالشرط نفسه يعتبر غير قائم ، وعلى هذا فلن يزول الالتزام بسببه[٢] .

العقد المعلق لا يدخل فى عقود الغرر :

يفرق القانونيون بين العقد المعلق على شرط واقف ، وعقد الغرر ، بأن العقد المعلق يتوقف وجوده ذاته على تحقق الشرط ، أما عقد الغرر فعقد محقق الوجود ، وغير المحقق فيه هو : من من المتعاقدين هو الذى يكسب ، ومن هو الذى يخسر ؟[٣] .

هذه التفرقة مبنية على أن القانون لا يعرف الغرر فى صيغة العقد ، فالغرر فى القانون لا يكون إلا فى محل العقد كما بينا[٤] .

(ب) الالتزام المضاف :

الالتزام المضاف هو : ما كان نفاذه أو انقضاؤه مترتبا على أمر مستقبل محقق الوقوع . فالمضاف إليه ـ الأجل ـ لا بد أن يكون :

---

(١) نص المادة : ١ ـ لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للآداب ، أو النظام العام ، هذا إذا كان الشرط واقفا ، أما إذا كان فاسخا فهو نفسه الذى يعتبر غير قائم .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ : ٩ والموجز ف ٤٧٠

(٣) الوسيط ٧ : ٩٨٨ .

(٤) انظر ص ٥١

١ ـ أمراً مستقبلا ، فهو فى هذا يتفق مع الشرط فإذا كان الأجل أمراً قد تم فى الماضى ، فإن الالتزام يكون منجزاً لا مقترنا بأجل . مثال ذلك أن يحدد الملتزم أجلا لتنفيذ التزامه موت شخص معين ، ويكون هذا الشخص قد مات قبل ذلك دون أن يعلم الملتزم .

٢ ـ أمراً محقق الوقوع، وهذا هو الفارق الجوهرى بين الأجل والشرط.

ولا يلزم من كون الأجل أمراً محقق الوقوع . أن يكون وقت وقوعه معروفا ، فالمهم هو التحقق من وقوعه ، سواء كان وقته معروفا أو غير معروف، فالموت أجل وإن كان وقته غير متيقن ، لأنه واقع لا ريب فيه . والأجل كالشرط قد يكون أجلا واقفا إذا توقف عليه نفاذ الالتزام ، وقد يكون أجلا فاسخا إذا أضيف إليه زوال الالتزام[1] .

٢ ـ حكم البيع المعلق والمضاف فى القانون :

يصح تعليق البيع على الشرط وإضافته إلى الأجل فى القانون إلا فى حالتين :

إحداهما : التعليق على الشرط غير المشروع :

وذلك إذا كان الشرط المعلق عليه غير مشروع بسبب مخالفته للآداب ، أو النظام العام ، أو القانون ، وفى هذه الحالة إذا كان الشرط موقفا يكون

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ : ٢٢ ـ ٢٥ المادة ٢٧١ ونصها:
١ ـ يكون الالتزام لأجل، إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع.
٢ ـ ويعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه حتما ، ولو لم يعرف الوقت الذى يقع فيه . ومن أمثلة الأجل الموقف عقد القرض يلتزم فيه المقترض بأن يرد ما اقترضه بعد مدة معينة ، فإذا حل الأجل نفذ الالتزام ، ومن أمثلة الأجل الفاسخ عقد الإيجار يلتزم فيه المؤجر بترك المستأجر ينتفع بالعين المؤجرة مدة معينة فإذا حل الأجل زال الالتزام . الموجز فى ٤٦٥ ص ٤٥٢ و٤٨٣ و٤٨٤ .

الالتزام معدوما . أما إذا كان الشرط فاسخا ، فإن كان هو الدافع إلى التعاقد فإن الالتزام يكون معدوما أيضا ، لأنه يكون فى هذه الحالة عنصرا جوهريا من عناصره ، وإن لم يكن الشرط هو السبب الدافع إلى الالتزام ، فإن الشرط هو الذى يعتبر غير قائم[1] .

ثانيتهما : التعليق على الشرط الإرادى المحض[2] من جانب المدين :

وهذا خاص بالشرط الواقف فإنه يجب ألا يكون رهينا بمشيئة المدين وحدها ، فإذا علق الالتزام على شرط واقف ، وكان هذا الشرط موكولا تحققه أو تخلفه إلى إرادة المدين وحدها ، فإن الالتزام لا يكون قائما[3] .

٣ ـ أثر التعليق والاضافة على الالتزام :

(١) التعليق :

الالتزام المعلق على شرط واقف لايكون نافذاً إلا إذا تحقق الشرط ، أما قبل تحقق الشرط فإن الالتزام يظل معدوما على خطر الوجود مابقى التعليق قائما ، ولذا لايكون قابلا للتنفيذ القهرى ، ولا للتنفيذ الاختيارى[4] ولكنه لا يكون مجرد أمل للدائن ، بل يكون حقا محتمل الوجود قانونا ، ولذا يترتب عليه بعض النتائج ، وأهمها أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه[5] .

---

(١) المادة ٢٦٦ ومذكرتها : مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ : ٨ ـ ٩ والموجز ف ٤٧٠ .

(٢) الشرط الإرادى المحض هو : ما يعلق تنفيذ التعاقد فيه على أمر موكول تحققه أو تخلفه إلى إرادة أحد المتعاقدين : مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ : ١٢ ، والموجز ف ٤٦٩ .

(٣) المادة ٢٦٨ ومذكرتها : مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ : ١٠ ـ ١٣

(٤) فإذا أدى المدين ما عليه اختياراً قبل تحقق الشرط ، لا يعتبر أداؤه هذا وفاء بما هو مستحق بل يعتبر أنه أدى غير المستحق ، ويكون له أن يسترد ما أدى .

(٥) المادة ٢٦٨ ومذكرتها : مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ : ١٧ ـ ١٥ والموجز ف ٤٧٢ : ٤١٥ .

أما الالتزام المعلق على شرط فاسخ ، فإنه يظل قائما حتى يتحقق الشرط فإذا تحقق الشرط الفاسخ زال الالتزام ، أما قبل تحققه فيثبت للدائن حق ناجز ، ولكنه قابل للزوال ، ويترتب على هذا أن التصرفات التى تؤسس عليه تقع مرهونة بمصيره ، وتكون قابلة للزوال [1].

الاستناد أو الأثر الرجعى للشرط :

القاعدة العامة :أن الشرط موقفا كان أو فاسخا ، اذا تحقق انسحب أثره إلى وقت التعاقد ، فالدائن بالتزام معلق على شرط موقف يترتب حقه ، لا من وقت تحقق الشرط فحسب ، بل من تاريخ انعقاد العقد ، وكذلك الشأن فى حق الدائن بالتزام معلق على شرط فاسخ ، فهو يعتبر كأن لم يكن قد ترتب قط ، لا من وقت تحقق الشرط بل من تاريخ انعقاد العقد .

يستثنى من هذه القاعدة ثلاثة أحوال :

الحالة الأولى : إذا تبين من إرادة المتعاقدين أن وجود الالتزام ، أو زواله إنما يكون فى الوقت الذى تحقق فيه الشرط .

الحالة الثانية : اذا تبين من طبيعة العقد أن وجود الالتزام ، أو زواله إنما يكون فى الوقت الذى تحقق فيه الشرط .

الحالة الثالثة : إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبى لا يد للمدين فيه [2]

---

(١) المادة ٢٦٩ ومذكرتها: مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ : ١٦ ـ ١٧ والموجز ف ٤٧٢ و ٤٧٧

(٢) المادة ٢٧٠ ومذكرتها : مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ : ١٨ ـ ٢١ والموجز ف ٤٧٩ و ٤٨

(ب) الإضافة

الالتزام المضاف إلى أجل واقف لا يكون نافذاً إلا عند حلول الأجل ، ولكنه فى الفترة التى قبل حلول الأجل يجعل للدائن حقا مؤكد الوجود ، لا مجرد حق احتمالى كما فى الشرط ، ويترتب على هذا أن المدين إذا أدى إلى الدائن حقا مؤجلا قبل حلول الأجل ، فليس له أن يسترد ما دفعه خلاف ما تقدم فى الشرط . وكذلك الالتزام المضاف إلى أجل فاسخ لا يزول إلا عند حلول الأجل ، وهو قبل حلول الأجل يكون للدائن فيه حق مؤكد الوجود نافذ ، ولكنه محقق الزوال بحلول الأجل ، ويترتب على هذا أن الدائن إذا تصرف فى هذا الحق انتقل إلى من تصرف إليه محقق الزوال بحلول الأجل أيضاً . ولا يكون للأجل أثر رجعى على نقيض ما تقدم فى تحقق الشرط[1] .

---

(١) المادة ٢٧٤ ومذكرتها : مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ : ٣٢–٣٥ والموجز ٤٨٤ و ٤٨٦ و ٤٨٧

الفصل الثانى

الغرر فى محل العقد

تمهيد :

محل العقد ، أو المعقود عليه ، هو ما يثبت فيه أثر العقد وحكمه[1] والمعقود عليه يطلق على ما يشمل البدلين فى عقود المعاوضات[2] فنبحث الغرر فى المبيع والثمن بالنسبة لعقد البيع .

الغرر فى المبيع والثمن يرجع إلى أحد الأمور الآتية :

١ ـ الجهل بذات المحل

٢ ـ الجهل بجنس المحل

٣ ـ الجهل بنوع المحل

٤ ـ الجهل بصفة المحل

٥ ـ الجهل بمقدار المحل

٦ ـ الجهل بأجل المحل

٧ ـ عدم القدرة على تسليم المحل

٨ ـ التعاقد على المعدوم

٩ ـ عدم رؤية المحل

---

(١) أحكام المعاملات للأستاذ الخفيف ٢٦٧ والمدخل للفقه الإسلامى للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ٥٧٦

(٢) الشرح الكبير للدردير ٣ : ٢

وأتكلم عن كل واحد منها فى مبحث ، وقبل أن نشرع فى التفصيلات أودأن أشير إلى أن أكثر نواحى الغرر ترجع إلى الجهالة فى محل العقد، كما أودأن أشير إلى أنه لاخلاف بين الفقهاء فى أن العلم بالمحل شرط لصحة العقد فى البيع، فإذا كان المحل مجهولا فسد العقد للغرر[1] ، وإنما الخلاف بين الفقهاء فى تحديد العلم الذى تنتفى به الجهالة المفسدة للبيع ، وهذا الاختلاف بينهم يرجع فى حقيقته إلى الاختلاف فى نظرتهم إلى الغرر المؤثر فى البيع ، وسنرى هذا فى المباحث التالية .

---

(١) فى البدائع : ومن شرائط الصحة فى البيع أن يكون المبيع معلوما ، وثمنه معلوماً .. علماً يمنع المنازعة ، فإن كان أحدهما مجهولا جهالة مفضية إلى المنازعة فسد البيع ٥ : ١٥٦
وفى القوانين الفقهية : من شروط صحة البيع أن يكون المحل معلوما ، فلا يجوز بيع المجهول ٢٣٩
وفى المهذب : ولا يجوز بيع عين مجهولة كثوب من أثواب لأن ذلك غرر من غير حاجة ١ : ٢٦٣
وفيه أيضا : لايجوز البيع إلا بثمن معلوم القدر والصفة فإن باع بثمن مجهول فالبيع باطل: لأن الثمن عوض فى البيع فلم يجز مع الجهل بقدره أو صفته كالمسلم فيه ١ : ٢٦٦
وفى المحرر ولا يصح البيع إلا بشرط معرفة المبيع ١ : ٢٩١
وفى المحلى : ولا يجوز البيع حتى يعلم البائع والمشترى ما هو ويرياه جميعا أو يوصف لهما . ٨ : ٤٣٩ وفيه : « ولايجوز البيع بثمن مجهول ... » ٨ : ٤٤٤
وفى البحر الزخار : يشترط كون الثمن والمبيع معلومين لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ٤ : ٢٢٤
وفى مفتاح الكرامة : وشرط المعقود عليه العلم ، فلا يصح بيع المجهول ولا الشراء به ٤ : ٢٢٤ . وفيه : ولاخلاف بيننا أن الثمن إذا كان مجهولا بطل البيع إلا من ابن الجنيد.
وفى نيل الأوطار : ومن جملة بيع الغرر بيع المجهول ٥ : ٢٤٤ . والقانون يتفق مع الفقه الإسلامى فى اشتراط تعيين المحل والعلم به وإن كان يختلف معه فيما تحصل به العلم ، تنص المادة ١٣٣ من التقنين المصرى على ما يأتى : « إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره ، وإلا كان العقد باطلا » .
وتنص المادة ٤١٩ منه على ما يأتى : « يجب أن يكون المشترى عالما بالمبيع علماً كافياً ... » .

المبحث الأول

الجهل بذات المحل

من أنواع الغرر الممنوع فى البيع ما يرجع إلى الجهل بذات المبيع[1]، وذلك أن المبيع إذا كان مجهول الذات وإن كان معلوم الجنس ، حصل النزاع فى تعيينه ، وهذا إنما يتأتى فى الأشياء المتفاوتة إذا بيع واحد منها من غير تعيين لذاته، كبيع ثوب من ثياب مختلفة أو شاة من قطيع ، فإن المبيع هنا يكون مجهولا جهالة فاحشة مؤدية إلى النزاع المشكل فيفسد البيع بسببها .

وإليك آراء الفقهاء فى هذا الموضوع :

الحنفية :

بيع شاة من قطيع :

إذا قال شخص لآخر : بعتك شاة من هذا القطيع فالبيع فاسد ؛ لأن الشاة من القطيع مجهولة جهالة مفضية إلى المنازعة ؛ لتفاحش التفاوت بين شاة وشاة ، ولو عين البائع شاة وسلمها للمشترى ورضى بها جاز ، وكان ذلك بيعا مبتدأ بالمراضاة .

بيع ثوب من عدل[2] :

ومثل بيع الشاة من القطيع بيع ثوب من عـدل ، فلو قال : بعتك ثوبًا من هذا العدل لم يصح[3] .

---

(١) بداية المجتهد ٢ : ١٤٨، والفروق ٣ : ٢٦٥ ، ومفتاح الكرامة ٤ : ٢٢٤

(٢) العدل نصف حمل البعير : قاموس ، والمراد به ما توضع فيه الثياب من صندوق ونحوه

(٣) البدائع ٥ : ١٥٦ يجوز بيع قفيز من صبرة وإن كان مجهولا ، لأن الجهالة هنا لا تفضى إلى المنازعة ، لأن الصبرة الواحدة متماثلة القفزان بخلاف الشاة من القطيع والثوب من العدل . البدائع ٥ : ١٥٨

بيع ثوب من ثوبين اوثلاثة ـ خيار التعيين :

وكما لايجوز بيع ثوب من عدل لا يجوز أيضا ، بيع ثوب من ثوبين أو ثلاثة ؛ لأن المبيع مجهول فى الحالين ، هذا إذا لم يجعل للمشترى الخيار فى اختيار أحد الثوبين أو الثلاثة ، فإن جعل له الخيار وهو ما يعرف بخيار التعيين صح البيع عند أئمة الحنفية الثلاثة استحسانا ، وفى القياس يفسد ؛ لأنه باع أحد الثوبين من غير تعيين ، فكان المبيع مجهولا فيمنع صحة البيع ، كما لو باع ثوبا من عدل ، ووجه الاستحسان الاستدلال بخيار الشرط ، والجامع بينهما مساس الحاجة إلى دفع الغبن ، وكل واحد من الخيارين طريق إلى دفع الغبن[١] .

ويفهم من كلام الكاسانى أنه يرى البيع مع خيار التعيين جائزا قياسا لا استحسانا ، فهو ينازع أولا : فى كون المبيع مجهولا مع خيار التعيين ، وذلك حيث يقول : « قوله المعقود عليه مجهول ، قلنا : هذا ممنوع فإنه إذا شرط الخيار بأن قال : على أن تأخذ أيهما شئت ، فقد انعقد البيع موجبا للملك عند اختياره ، لا للحال ، والمعقود عليه عند اختياره معلوم .

وينازع ثانيا : فى كون الجهالة ، على فرض وجودها ، مفضية المنازعة ، وذلك حيث يقول : « مع أن هذه جهالة لا تفضى إلى المنازعة ؛ لأنه فوض الأمر إلى اختيار المشترى يأخذ أيهما شاء فلا تقع المنازعة[٢] .

ويرى الكمال : أن المبطل للعقد فى بيع ثوب من عدل ليس هو الجهالة ، وإنما هو عدم المبيع لكونه غير معين ، ثم يقول الكمال : وكان مقتضاه أنه لايجوز

---

(١) الأصل ١٣٥ : ١٣٦ ، والمبسوط ١٣ : ٥٥ ، وابن عابدين ٤ : ٨٠ ، والزيلعى ٤ : ٤٨ والمدخل للفقه الإسلامى للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ٦٥٩

(٢) البدائع ٥ : ١٧٥

فى ثوب من ثلاثة ، لكن جاز على خلاف القياس [١] .

ويخالف زفر أئمة الحنفية فلا يجيز خيار التعيين تمشيا مع القياس، فلو اشترى ثوبًا من ثلاثة ثياب ، كل واحد منها بعشرة ، على أنه بالخيار ثلاثة أيام يمسك أيها شاء ، ويرد الباقى ، فإن البيع لا يجوز لأن المبيع أحد الثياب ، وهى متفاوتة فى نفسها ، وجهالة المبيع فيما يتفاوت يمنع صحة العقد ، ولا يؤثر اشتراط الخيار عنده فى إزالة الجهالة ، بل هو يرى شرط الخيار يزيد فى معنى الغرر [٢] .

ويرى أئمة الحنفية أن اشتراط المشترى الخيار لنفسه يجعل الجهالة غير مفضية إلى المنازعة ، لأن المشترى يستبد بالتعيين ، والجهالة التى لا تفضى إلى المنازعة لا تمنع صحة العقد [٣] .

بيع رطل من لحم :

ومن صور الجهالة المانعة من صحة البيع عند الحنفية ما إذا قال: اشتريت من هذا اللحم رطلا بدرهم، ولم يبين الموضع، أما إذا بين الموضع بأن قال: زن لى من هذا الجنب رطلا بكذا ، أو من هذا الفخذ فإنه لا يجوز عند أبى حنيفة ، ويجوز عند الصاحبين [٤] ، وقولهما أرجح عندى . لأنه ما دام الموضع معينا فلا جهالة ؛ لأن لحم الفخذ مثلا كله سواء ، أما إذا لم يعين الموضع بأن رأى لحم خروف مثلا فقال : اشتريت من هذا اللحم رطلا بدرهم ، فإن الجهالة هنا متحققة ؛ لأن لحم الخروف يفضل بعضه بعضا ، فإذا لم يعين الموضع حصل النزاع عند التسليم ، وعرف الناس جرى على هذا ، فإن المشترى يعين عادة نوع اللحم الذى يريده .

---

(١) فتح القدير، والعناية ٥ : ٨٧

(٢) المبسوط ١٣ : ٥٥

(٣) البدائع ٥ : ١٥٨

(٤) المصدر السابق

بيع عدد من جملة معدودات متفاوتة :

ومنها : مالو باع عددا من جملة المعدودات المتفاوتة كالبطيخ والرمان بكذا، والجملة أكثر مما سمى ، فالبيع فاسد لجهالة المبيع جهالة مفضية إلى المنازعة، فإن عزل ذلك القدر من الجملة بعد ذلك أو تراضيا عليه فهو جائز ؛ لأن ذلك بيع مبتدأ بطريق التعاطى [١] .

الثمن :

وكما لا يصح البيع إذا كان المبيع مجهول الذات كذلك لا يصح إذا كان الثمن مجهول الذات ، فإذا باع سلعة بمائة شاة من هذا القطيع ونحوه لا يجوز ؛ لجهالة الثمن [٢] .

المالكية :

المالكية كالحنفية لا يجوزون بيع سلعة من سلع متعددة ، اثنتين أو أكثر، إذا لم يكن للمشترى الخيار فى تعيينها .

أما إذا جعل للمشترى خيار التعيين ، ويسمى عند المالكية بيع الاختيار ، فالبيع صحيح . يقول الدسوقى : « وبيع الاختيار فقط بيع جعل فيه البائع للمشترى التعيين لما اشتراه، كأبيعك أحد هذين الثوبين على البت بدينار، وجعلت لك يوما أو يومين تختار فيه واحدا منهما [٣] .

ولا بد لصحة بيع الاختيار عند المالكية من أن يتحد جنس المبيعين وصفهما ، فلو كانا مختلفين جنسا كثوب ودابة ، أو صنفا كرداء وكساء لم يصح البيع على الاختيار وإن اتحد الثمن، للجهل فى البيع ، ولو كان الثمن مختلفا

---

(١) البدائع ٥ : ١٥٨

(٢) تحفة الفقهاء ٢ : ٣٣

(٣) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٣ : ٩١ / ٩٣ ، وانظر الحطاب ٤ : ٤٢٣/٤٢٥

لم يصح البيع أيضا ، وإن اتحد الجنس والصنف ، كبيع ثوبين أحدهما بعشرة والآخر بخمسة عشر على الاختيار ؛ وذلك للجهل فى الثمن ، أما إذا كان اختلاف المبيعين فى الجودة والرداءة فقط يصح البيع ، كما لو باع ثوبين أحدهما أجود من الآخر ، بثمن واحد على الاختيار ؛ لأن الغالب الدخول على الأجود ، فلا جهل فى المبيع (١) .

ومقتضى هذا أن خيار التعيين عند المالكية لا يكون إلا فى الأشياء المتقاربة ؛ لأن اشتراط كون الثمن متحدا لا يتحقق عملا إلا فى هذه الحالة ، وهذا خلاف مذهب الحنفية ، فإنهم لا يشترطون اتحاد الثمن ، وإنما الشرط عندهم أن يحدد لكل سلعة ثمنها ، وأن تكون السلع التى يختار منها متفاوتة (٢) .

وأرى أن ما يشترطه الحنفية من التفاوت بين السلع ، وما يشترطه المالكية من اتحاد الثمن غير سليم ، فكثيراً ما يحتاج الإنسان إلى شراء ثوبين أو ثلاثة بثمن واحد ليختار منها واحدا ، ولا يكون بينها اختلاف إلا فى اللون أو الشكل ، كما أن الإنسان قد يحتاج إلى شراء ثياب مختلفة الأثمان ليختار منها واحدا ، وهذا أمر متعارف عليه ، ولا غرر فيه ، فلو أن الحنفية أجازوا خيار التعيين مع عدم التفاوت فى الجودة والرداءة لكان مذهبهم متمشيا مع واقع الحياة العملية .

الشافعية :

لا يجوز عند الشافعية بيع عين مجهولة الذات ، ولو جعل للمشترى الخيار فى تعيينها ، سواء قل العدد الذى فيه الخيار أو كثر ، فلو قال شخص لآخر : بعتك ثوبا من هذه الثياب أو من هذين الثوبين كل منهما بكذا ، على أن تختار

---

(١) الشرح الكبير للدردير ٣ : ١٥ وهذه الصور الممنوعة تدخل عند المالكية فى باب « بيعتين فى بيعة » انظر ص ٨٧ وانظر المدونة ١٠ : ٢٣

(٢) المدخل للفقه الإسلامى للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ص ٦٦١

أحدهما فى مدة يومين فالبيع باطل، فالمذهب الشافعى لا يقول بخيار التعيين مطلقا.

قال الشيرازى : « ولا يجوز بيع عين مجهولة كبيع عبد من عبيد وثوب من أثواب ، لأن ذلك غرر من غير حاجة »[١] .

وقال النووى : « مذهبنا أنه لا يجوز بيع عبد من عبيد ، ولا من عبدين ، ولا ثوب من ثياب ، ولا من ثوبين ، سواء شرط الخيار أم لا »[٢] .

الحنابلة :

الحنابلة كالشافعية ، لا يصح عندهم بيع سلعة من سلع متفاوتة ، قليلة كانت أو كثيرة ، كبيع عبد من عبدين وشاة من قطيع وشجرة من بستان ، ولو جعل المشترى خيار التعيين .

ويعلل الحنابلة عدم الجواز بما يأتى :

١ — المبيع مجهول وغرر .

٢ ـ هذا البيع لا يصح من غير شرط الخيار باتفاق ، فلا يصح مع شرطه.

٣ ـ لا حاجة تدعو إلى خيار التعيين ، لأن الاختيار يمكن قبل العقد[٣] .

والقاعدة عند الحنابلة أن كل ما تختلف أجزاؤه وقيمته لا يجوز شراء بعضه غير معين ، أما إذا تساوت الأجزاء والقيمة فإن البيع يجوز من غير تعيين ، كما فى بيع قفيز من صبرة[٤] .

الشيعة :

الأصح فى مذهب الشيعة الزيدية أن المشترى إن خير فى تعيين المبيع مدة

---

(١) المهذب ١ : ٢٦٣

(٢) المجموع ٩ : ٢٨٨

(٣) المغنى ٤ : ٣١ ، والشرح الكبير على المقنع ٤ : ٢٩ ، ولم يرد فى هذين الكتابين قول بجواز البيع مع خيار التعيين ، ولكن قال فى الفروع : « وفى مفردات أبى الوفا يصح بيع عبد من ثلاثة بشرط الخيار ٢ : ٤٥٩ ، وهذا القول يتفق مع مذهب الحنفية .

(٤) القواعد لابن رجب : القاعدة الخامسة بعد المائة .

معلومة صح البيع ؛ لانتفاء الجهالة ، ومتى مضت المدة كالف التعيين [1].

الظاهرية :

لا يجوز عند الظاهرية بيع شيء غيرمعين من جملة أشياء ، سواء كانت من المكيلات، أو الموزونات، أوالمذروعات ، أو المعدودات ، قليلا كان العدد أو كثيراً ، استوت أبعاضه ، أو لم تستو ، جعل للمشترى خيار التعيين ، أو لم يجعل ، فلو قال شخص لآخر : اشتريت صاعا من هذا التمر ، أو رطلا من هذا اللحم ، أو ذراعا من هذا الثوب ، أو واحدة من هذا البيض بكذا ، فقال له الآخر : قبلت ، لا يصح البيع .

وطريقة البيع عندهم فى مثل هذه الحالة ، أن يتساوم المتبايعان ، فإذا تراضيا كال أو وزن أو ذرع أو عد ، فإذا تم ذلك تعاقدا البيع على تلك العين المكيلة أو الموزونة أو المذروعة أو المعدودة .

ويحتج الظاهرية لمذهبهم بما يأتي :

١ — فى هذا البيع أخذ المرء مال غيره بغير تراض، وهومن الباطل المنهى عنه فى قوله تعالى :« يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » وذلك لأن التراضى لا يمكن إلا فى معلوم متميز ، إذ كيف يكون العمل إن قال البائع : أعطيك من هذه الجهة ، وقال المشترى : بل من هذه الأخرى .

٢ — النهى عن بيع الغرر . قال ابن حزم :« ولا غرر أكثر من ألا يدرى البائع أى شيء هو الذى باع ولا يدرى المشترى أى شيء اشترى» [2].

---

(١) البحر الزخار ٣ : ٣٤٣

(٢) المحلى ٨ : ٤٢٩ — ٤٣٠

تلخيص آراء الفقهاء :

يتبين من هذا أن الفقهاء كلهم متفقون على أنه لا يصح بيع شيء من أشياء ، أو من شيئين من غير أن يجعل للمشترى حق التعيين ، لأن البيع [illegible] ، وإنما الخلاف بينهم فيما لو جعل للمشترى الحق في اختيار واحد منها وترك الباقي فمنعه الشافعية ، والحنابلة ، والظاهرية ، في الكثير والقليل ، وأجازه المالكية والشيعة في الكثير والقليل ، ومنعه الحنفية فيما زاد على الثلاثة ، وأجازوه في الثلاثة والاثنين مع ملاحظة ما اشترطه كل لجوازه .

خيار التعيين في القانون :

يقابل خيار التعيين الالتزام التخييري في الفقه الغربي [1] وقد بين القانون المصري أحكامه في المواد (٢٧٥-٢٧٧) وهذا نص المادة (٢٧٥): «يكون الالتزام تخييريا ، إذا شمل أشياء متعددة ، تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحدا منها ، ويكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك ».

ولم يرد نص خاص في القانون المصري في البيع مع خيار التعيين ، ولكن هذا النص العام الذي اوردناه يقتضى أنه إذا كان محل البيع شيئين ، أو أكثر ، يكون الخيار للمدين ما لم يتفق المتعاقدان على أن الخيار [illegible] البائع [illegible] .

والفرق الجوهري بين القانون المصري والفقه الإسلامي هو : أن القانون يجيز خيار التعيين ، ولو لم ينص عليه في العقد ، فلو قال شخص لآخر : بعتك ثوبا من هذه الثياب ، ولم يقل : على أن لي ، أو لك ، خيار التعيين ، فإن البيع صحيح ، ويثبت الخيار للبائع ، وقد رأينا أن الفقه الإسلامي بجميع مذاهبه

---

(١) مصادر الحق ٤ : ٢٤٨ وأنظر شرح القانون المدني الجديد للدكتور كامل مرسي ٦ : ١٦١ — ١٦٥ وعقد البيع للدكتور سليمان مرقص ٧٢ — ٧٤ ومجموعة الأعمال التحضيرية ٣٦ — ٤٦ .

لا يجيز هذه الصورة من البيع ، لما فيها من الغرر الناشىء عن الجهالة المفضية إلى النزاع.[1]

فخيار التعيين فى الفقه الإسلامى لا يثبت عند من يأخذ به إلا بالشرط ، أما فى القانون فإنه لا يحتاج إلى شرط فى ثبوته للبائع ، ويحتاج إليه فى ثبوته للمشترى.

وفرق آخر بين القانون والفقه ، هو أن القانون يعتبر الأصل فى خيار التعيين أن يكون للبائع ، ولا يكون للمشترى إلا بالاتفاق ، فى حين أن الفقه الإسلامى يعتبر الأصل فيه أن يكون للمشترى ، ولو شرط للبائع لا يصح البيع عند بعض الفقهاء .

ومسلك الفقه الإسلامى هو الذى يتفق مع الغالب فى الحياة العملية ، فإن الحاجة إلى هذا الخيار متصورة بصفة واضحة بالنسبة للمشترى ، لأنه كما يقول السرخسى « قد يشترى الإنسان لعياله ثوبا ولا يعجبه أن يحمل عياله إلى السوق ولا يرضى البائع بالتسليم إليه يحمله إلى عياله بغير عقد فيحتاج إلى مباشرة العقد بهذه الصفة[2] » أما البائع فحاجته إلى هذا الخيار نادرة[3] .

---

(١) هذا لا يعنى أن القانون لا يشترط العلم بذات المحل ، فإن المبيع هنا ، وإن لم يكن معينا بذاته وقت العقد ، فإنه قابل للتعيين باختيار البائع ، وقابلية المحل للتعيين تكفى لصحة العقد فى القانون .

(٢) المبسوط ١٣ : ٥٥

(٣) انظر ابن عابدين ٤ : ٨ ، وانظر الكلام عن خيار التعيين بصفة عامة فى أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ الخفيف . ٤٣ ـ ٤٣٣ ، والمدخل للفقه الإسلامى للأستاذ مدكور ٦٧٩ ـ ٦٨٢، والملكية ونظرية العقد للأستاذ أبى زهرة ٣٧٠ ـ ٣٧٤

المبحث الثانى

الجهل بجنس المحل

جهالة الجنس أفحش أنواع الجهالات ، فإنها تتضمن جهالة الذات ، والنوع ، والصفة ، ولهذا اتفق الفقهاء على أن العلم بجنس المبيع شرط لصحة البيع ، فلا يصح بيع مجهول الجنس لما فى ذلك من الغرر الكثير (١) . غير أن فى مذهب المالكية قولا بجواز بيع مجهول الجنس إذا شرط للمشترى خيار الرؤية ، ويوجه الباجى هذا القول بما خلاصته :

« المعاوضة فى العين الغائبة إذا كانت على وجه المغابنة والمكايسة لا تصح إلا بصفتها أو برؤية متقدمة ، ... أما إذا كانت المعاوضة على وجه المكارمة والمواصلة ... فتصح ولو لم تذكر الصفة والجنس ... ومقتضى البيع المغابنة والمكايسة ، ولذا لا ينعقد فيما جهلت صفته وجنسه ، فإذا شرط المشترى الخيار لنفسه فقد صرح بالمكارمة فيصح العقد ، لأنه لا غرر فيه ، إذ البائع قد علم صفة ما باع فلا غرر عليه ، والمبتاع بالخيار فلا غرر عليه أيضاً » (٢) .

ومن أمثلة جهالة الجنس التى يذكرها الفقهاء :

(١) أن يقول : بعتك سلعة من غير أن يسميها (٣) ، أو يقول : بعتك شيئاً بعشرة (٤) .

---

(١) ابن عابدين ٤ : ٨٧ ، والفروق ٣ : ٢٦٥ ، والقوانين الفقهية ٢٤٧ ، والمجموع ٩ : ٢٨٨ .

(٢) المنتقى ٤ : ٢٨٧ - ٢٨٨ بتصرف ، وانظر الكلام عن بيع العين الغائبة ، وانظر الحطاب ٤ : ٢٩٤ ، والشرح الكبير للدردير ٣ : ٢٣ ، وانظر أيضا المحلى ٨ : ٤٣٩ .

(٣) الفروق ٣ : ٢٦٥ (٤) ابن عابدين ٣ : ٨٧ ، وفتح القدير ٥ : ١٣٧ .

(٢) بيع المرء ما في كمه [١] ، وفي بعض كتب الحنفية ما يدل على جواز بيع المرء ما في كمه ، ففي ابن عابدين : « ولو قال بعتك ما في كمي فعامتهم على الجواز ، وبعضهم على عدمه [٢] » .

ولكن الذي اتضح لي من مراجعة عبارات فقهاء الحنفية . أن بعضهم يرى جواز البيع بهذه الصفة ، وإن كان ما في الكم مجهول الجنس ، ويثبت للمشترى خيار الرؤية ، لأن المبيع مشار إلى مكانه ، والإشارة إلى مكان المبيع تكفي لصحة بيع الغائب ، وهذا هو ظاهر عبارة المبسوط [٣] وتنوير الأبصار [٤] ، واستبعد الكمال القول بجواز بيع مالم يعلم جنسه أصلا [٥] . وبعضهم يجوز بيع ما في الكم ، ولكنه يقيده بما إذا كان ما فيه معلوم الجنس ، وهو ظاهر عبارة القدوری [٦] ، وهو ما مشى عليه ابن عابدين [٧] .

(٣) بيع الحصاة ، وبيع المنابذة على بعض التفاسير [٨] .

القانون :

يتفق القانون مع الفقه في اشتراط بيان جنس محل الالتزام : فإذا كان المبيع شيئاً غير معين بالذات ، وجب تعيين جنسه ، فيذكر أن المبيع قطن مثلا ... [٩]

---

(١) القوانين الفقهية ٢٤٧ .

(٢) ابن عابدين ٤ : ٢٩ ، ونفيس المتجر بشراء الدرر ص٧ .

(٣) عن فتح القدير ٥ : ١٣٧ .

(٤) تنوير الأبصار مع حاشية ابن عابدين ٤ : ٨٧ .

(٥) فتح القدير ٥ : ١٣٧ .

(٦) عن ابن عابدين ٤ : ٨٨ .

(٧) حاشية ابن عابدين ٤ : ٢٩ . وجاء في البحر الزخار ٣ : ٣٢٤ : أنه يجوز عند يحيى ، [illegible] أن بيع الإنسان ما في بيته ، أو كمه ، أو جرابه من غير أن يذكر الجنس والنوع ، [illegible] الإشارة تغني عن ذكر [illegible] القصد التمييز وقد حصل بالإشارة ، ويثبت للمشترى خيار الرؤية

(٨) انظر ص ١٠٢ ، ١٠٤

(٩) المادة ١٣٣ من التقنين المدنى المصرى ، ومصادر الحق للدكتور السنهورى ٣ : ٦٦ .

المبحث الثالث

الجهل بنوع المحل

جهالة النوع تمنع صحة البيع كجهالة الجنس ، لما فيها من الغرر الكثير ، فلو قال شخص لآخر : بعتك حيوانا بمبلغ كذا ، من غير أن يبين نوعه ، أهو من الجمال أم من الشاء ، أو قال له : بعتك ساعة بكذا ، أو بعتك قنطاراً من القطن بكذا ، ولم يبين نوع الساعة أو القطن ، فالبيع فاسد[١] ، لجهالة النوع .

وفيما يلي أقوال بعض فقهاء المذاهب:

الحنفية :

لم أجد فى كتب الحنفية كلاما صريحا عن « النوع » وأصرح عبارة عثرت عليها هى ما فى ابن عابدين : « لو قال بعتك كرا من الحنطة ... فلو كله فى ملكه لكن فى موضعين ، أو من نوعين مختلفين لا يجوز ، ولو من نوع واحد فى موضع جاز ، وإن لم يضف البيع إلى تلك الحنطة »[٢] فهذا يدل على أن ذكر نوع المبيع شرط لصحة البيع ، وكثيراً ما تستعمل كتب الحنفية الوصف مكان النوع ، ففى ابن عابدين : « والذى يظهر من كلامهم تفريعا وتعليلا أن المراد بمعرفة القدر والوصف ما ينفى الجهالة الفاحشة ، وذلك بما يخصص البيع عن أنظاره ، وذلك بالإشارة إليه لو كان حاضرا فى مجلس العقد ، وإلا فببيان مقداره مع بيان وصفه لو من المقدرات ، كبعتك كر حنطة بلدية ...»[٣] وفى تنوير الأبصار وشرحه عند الكلام على شروط البيع : « وشرط لصحته معرفة

---

(١) انظر الملكية ونظرية العقد ، للأستاذ أبى زهرة ٢٦٠

(٢) ابن عابدين ٤ : ٢٩ ، وانظر نفيس المتجر ص ٦

(٣) المصدر السابق .

قدر مبيع وثمن ، ووصف ثمن كمصرى ، أو دمشق » ، ويضيف ابن عابدين فى الحاشية : « ونظيره إذا كان الثمن من غير النقود كالحنطة لا بد من بيان قدرها ووصفها ، ككر حنطة بحيرية ، أوصعيدية»[1] ، فهذا يدل على اشتراط ذكر نوع الثمن لصحة البيع ؛ لأن مصريا ودمشقيا من أنواع النقود ، كما أن « بحيرية ، وصعيدية » من أنواع الحنطة [2] .

المالكية :

يصرح بعض فقهاء المالكية باشتراط ذكر نوع المحل، وإن كان أكثرهم لم يتعرض لذكره اكتفاء باشتراط الجنس والصفة، فممن صرح باشتراطه القرافى، فقد ذكر فى الفروق أن الغرر والجهالة يقعان في سبعة أشياء. . . رابعها: النوع كعبد لم يسمه[3].

الشافعية :

والشافعية ينصون على اشتراط ذكر نوع المبيع والثمن ، يقول النووى : « ولا يجوز بيع العين الغائبة إذا جهل جنسها أو نوعها ؛ لحديث أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر ، وفى بيع ما لا يعرف جنسه ، أو نوعه غرر كبير[4] ، فإن علم الجنس والنوع بأن قال له : بعتك الثوب المروى الذى فى كمى،أو العبد الزنجى الذى فى دارى ، أوالفرس الأدهم الذى فى اصطبلى، صح البيع [5].

---

(١) ابن عابدين ٤ : ٢٩ . وانظر نفيس المتجر ص ٦

(٢) وانظر البحر الرائق ٥ : ٢٧٦

(٣) الفروق ٣ : ٢٦٥

(٤) المجموع ٩ : ٢٨٨

(٥) المصدر السابق ، وصحة البيع مبنية على القول بجواز بيع الغائب وثبوت خيار الرؤية للمشترى .

ويقول فى اشتراط العلم بنوع الثمن : « إذا قال بعتك بدينـار فى ذمتك ، أوقال بعشرة دراهم فى ذمتك ، أو أطلق الدراهم ، فلا خلاف فى أنه يشترط العلم بنوعها »[١] ، وعلى هذا إذا أطلق الدراهم ، فإن كان فى البلد نقد واحد أو نقود ، لكن الغالب واحد منها ، انصرف العقد إلى ذلك النقد الواحد أو الغالب ، وإن كان فى البلد نقدان أو نقود لا غالب فيها لم يصح البيع حتى يعين نقدا منها ؛ لأنه ليس بعضها أولى من بعض[٢] .

القانون :

ويشترط القانون لصحة العقد ذكر نوع المبيع[٣] ، فإذا وقع العقد على شىء معين بالذات ، كما إذا باع شخص فرسه ، ولم يكن المشترى رآه من قبل وجب تعيين نوعه ... وإذا وقع العقد على شىء غير معين بالذات ، وجب أيضا أن يعين نوعه ، فيذكر مثلا أن المبيع قطن من نوع كذا .. كما يشترط تعيين نوع الثمن ، فيذكر أن الثمن كذا جنيها مصريا مثلا[٤] .

---

(١) المجموع ٩ : ٣٢٨

(٢) المصدر السابق ٣٢٩

(٣) المادة (١٣٣) من التقنين المدنى المصرى .

(٤) مصادر الحق للدكتور السنهورى ٣ : ٦٦–٦٧

المبحث الرابع

الجهل بصفة المحل

اختلف الفقهاء فى اشتراط ذكر صفة المحل لصحة البيع ، وأكثرهم على اشتراطها .

ونورد فيما يلى أقوال الفقهاء فى اشتراط بيان صفة المحل بصفة عامة ، ثم نتبعها بذكر آرائهم فى بعض الجزئيات لنتبين مدى التوافق بين الأحكام الجزئية والقواعد الكلية :

الحنفية

المحل المشار إليه مبيعاً كان أو ثمناً ، لا يحتاج إلى معرفة وصفه ، فلو قال : بعتك هذه الصبرة من الحنطة بهذه الدراهم التى فى يدك ، وهى مرئية له ، فقبل ، جاز ولزم ؛ لأن الجهالة المانعة من صحة العقد تنتفى بالإشارة ، وجهالة الوصف لا تضر هنا ؛ لأنها لا تمنع التسليم والتسلم [١] .

أما المحل غير المشار إليه فقد اختلف فقهاء الحنفية فى اشتراط وصفه ، فقال بعضهم : هو شرط لصحة البيع ، وقال آخرون : ليس بشرط [٢] .

ونورد فيما يلى آراء من يشترطونه ثم آراء من لا يشترطونه ، فنذكر أولا آراءهم فى المبيع ، ثم آراءهم فى الثمن :

١ ـ المبيع :

من يشترط ذكر وصف المبيع لصحة البيع :

من الفقهاء الذين يرون أن وصف المبيع غير المشار إليه شرط لصحة البيع ،

---

(١) ابن عابدين ٤ : ٢٩ ـ ٣٠ ، وفتح القدير ٥ : ٨٢ ، والزيلعى ٤ : ٥

(٢) انظر الملكية ونظرية العقد للأستاذ أبى زهرة ٢٦٠

الزاهدى ، جاء فى حاشية ابن عابدين : « وفى حاوى الزاهدى: باع حنطة قدراً معلوما ولم يعينها لا بالإشارة ولا بالوصف لا يصح [١] » ، ومنهم صاحب النهاية ، جاء فى ابن عابدين : قال فى النهاية : صح شراء مالم يره يعنى شيئا مسمى موصوفاً أو مشاراً إليه أو إلى مكانه وليس فيه غيره بذلك الاسم [٢] ، ومنهم صاحب الاختيار والبرهان ، قال: وإن كان المبيع غائبا ولا يعرف بالأنموذج كالثياب والحيوان ، فلا بد من ذكر جميع الأوصاف ، قطعاً للمنازعة ، ويكون له خيار الرؤية [٣] ، ومنهم ابن الملك ، قال : وشرط فى صحة البيع معرفة المبيع بما ينفى الجهالة ؛ لأن المعاملات شرعت لقطع المنازعات ، وجهالة قدره ووصفه تفضى إلى المنازعة [٤] ، ومنهم ابن نجيم ، قال فى البحر : والحق أن معرفة وصف المبيع ليست شرطا بعد الإشارة إليه أو إلى مكانه ، وأما إذا لم يكن مشاراً إليه فلابد من بيان وصفه [٥] ، ومنهم ابن عابدين ، وإليك نص عبارته : هذا والذى يظهر من كلامهم تفريعاً وتعليلا أن المراد بمعرفة القدر والوصف ما ينفى الجهالة الفاحشة ، وذلك بما يخصص المبيع عن أنظاره ، وذلك بالإشارة إليه لو كان حاضراً فى مجلس العقد ، وإلا فببيان مقداره مع بيان وصفه لو من المقدرات ، كبعتك كر حنطة بلدية مثلاً بشرط كونه فى ملكه ، أو ببيان مكانه الخاص ، كبعتك ما فى هذا البيت ، أو ما فى كمى ، أو باضافته إلى البائع ، كبعتك عبدى ولا عبد له غيره ، أو ببيان حدود أرض ، ففى كل ذلك تنتفى الجهالة الفاحشة عن البيع ، وتبقى الجهالة اليسيرة التى لا تنافى صحة البيع ؛ لارتفاعها بثبوت خيار الرؤية ، فإن

---

(١) ابن عابدين ٤ : ٢٩ . (٢) ابن عابدين ٤ : ٢٩ .

(٣) عن نفيس المتجر بشراء الدرر ص ٢ . (٤) نفيس المتجر ص ٨.

(٥) البحر الرائق ٥ : ٢٧٦ .

خيار الرؤية إنما يثبت بعد صحة البيع لرفع تلك الجهالة اليسيرة ، لا لرفع الفاحشة المنافية لصحته ، فاغتنم تحقيق هذا المقام بما يرفع الظنون والأوهام ، ويندفع به التناقض واللوم عن عبارات القوم»(١) .

من لا يشترط ذكر وصف المبيع لصحة البيع :

من الفقهاء الذين يرون أن العلم بوصف المبيع ليس شرطا لصحة البيع الحصكفى ، قال فى الدر المختار فى الكلام على شروط البيع ، شارحا متن تنوير الأبصار : (وشرط لصحته معرفة قدر) مبيع وثمن ، و(وصف ثمن) ، كمصرى ، أو دمشقى(٢) ، فقد اشترط معرفة القدر فى المبيع والثمن معا ، واشترط معرفة الوصف فى الثمن وحده ، وهذا يفيد أن الوصف فى المبيع ليس شرطا عنده . ومنهم الشرنبلالى : قال فى أول رسالته نفيس المتجر بشراء الدرر : « هذه نبذة لتحرير صحة البيع المسمى جنسه دون قدره ، ووصفه كالمشار إليه ، وإظهار النص الشاهد بأن المخالف له لا يعول عليه » . وقال فى آخرها : « فتلخص مما ذكرناه أن جهالة قدر المبيع الذى سمى جنسه ، وجهالة وصفه لا تمنع ، سواء كان المبيع مشاراً إليه أو غير مشار إليه(٣) » ، واستدل الشرنبلالى لرأيه بما يأتى :

---

(١) ابن عابدين ٤ : ٢٩

(٢) ابن عابدين ٤ : ٢٨ ـ ٢٩

(٣) ذكر ابن عابدين فى حاشيته ٤ : ٢٨ ـ ٢٩ رأى الشرنبلالى وأشار إلى رسالته ، وعقب ابن عابدين على رأى الشرنبلالى بقوله : قلت ما ذكره من الاكتفاء بذكر الجنس عن ذكر القدر والوصف يلزم عليه صحة البيع فى نحو : بعتك حنطة بدرهم ، ولا قائل به ، ومثله : بعتك عبداً أو داراً . ونقل السيد عبد الله محمد بن جبير رسالة الشرنبلالى فى رسالته « الغرر فى محل الالتزام التعاقدى » عن المخطوطة رقم ١٦٤٠ و١٢٧٣ بمكتبة الأزهر ، وقد اطلعت على رسالة الشرنبلالى ضمن مجموعة خطية بدار الكتب رقم ١٢٧١ .

١ ـ جهالة وصف المبيع وقدره لا تفضى إلى المنازعة ؛ لأن خيار الرؤية ثابت للمشترى ، فله أن يرد المبيع إذا لم يوافقه[١] .

٢ ـ قول كل من عثمان بن عفان ، وطلحة بن عبد الله : إنى قد غبنت ، فإن هـذا القول يدل على أن كلا منهما لم يكن عالما بوصف المبيع ولا قدره ؛ لأنه لو علم ذلك ما ادعى الغبن ، مع أنهما كانا يريان صحة البيع لقول كل منهما : إلى الخيار[٢] .

٣ ـ الفروع الكثيرة التى صحح فقهاء الحنفية فيها البيع ، مع عدم بيان وصف المبيع وقدره[٣] .

الثمن :

لا يصح البيع بثمن مجهول الصفة ، إلا إذا كان مشارا إليه ؛ لأن الصفة إذا كانت مجهولة تحصل المنازعة، فالمشترى يريد دفع الأدون ، والبائع يطلب الأرفع ، فلا يحصل مقصود شرعية البيع وهو دفع الحاجة من غير منازعة[٤] ، فلو قال شخص لآخر : اشتريت هذه السلعة بعشرة جنيهات ، فقال الآخر :

---

(١) عقب ابن عابدين على هذا الاستدلال بقوله : « وما قاله من انتفاء الجهالة بثبوت خيار الرؤية مدفوع بأن خيار الرؤية قد يسقط برؤية بعض المبيع فتبقى الجهالة المفضية إلى المنازعة ، وكذا قد يبطل خيار الرؤية قبلها بنحو بيع أو رهن ما اشتراه » . حاشية ابن عابدين ٤ : ٢٩

(٢) انظر نص هذا الأثر فى المبحث التاسع

(٣) وهذه بعض الفروع التى يشير اليها الشرنبلالى : ١ ـ بيع جميع ما فى هذا البيت أو الصندوق ، أو الجوالق من الحبوب . ٢ ـ بيع المرء ما فى كمه من الثياب . ٣ ـ شراء الغاصب أو المودع ما فى يده من مالكه بعد إقراره به . ٤ ـ بيع المرء عبده من غير أن يشير إليه أو يصفه إن كان له عبد واحد . ٥ ـ بيع المرء كرا من الحنطة ، إذا كان الكر فى ملكه ومن نوع واحد فى موضع واحد . ابن عابدين ٤ : ٢٨ ـ ٢٩

(٤) الهداية مع فتح القدير ٥ : ٨٣ ، وابن عابدين ٤ : ٢٨ـ٢٩ ، والبحر الرائق ٥ : ٢٧٣

قبلت ، فإن كان فى البلد صنف واحد من الجنيهات صح البيع ؛ لعدم الجهالة، وكذا إن كان فيه أكثر من صنف ، ولكنها مختلفة الرواج ، فإن البيع يصح ، سواء أكانت الجنيهات مختلفة فى المالية أم سواء فيها ، وينصرف إلى الأروج ؛ لأنه المتعارف عليه ، تحريا للجواز وعدم إهدار كلام العاقل ؛ ولأن هذه الجهالة لاتوقع فى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم .

وكذلك يصح البيع لو كانت الجنيهات سواء فى المالية ، وسواء فى الرواج؛ إذ لامنازعة هنا ، وللمشترى أن يؤدى من أيهما شاء . أما إن كان فى البلد أكثر من صنف، وكانت مختلفة المالية سواء فى الرواج ، فإن البيع لا يصح ؛ لعدم إمكان الصرف إلى أحدها بعينه دون الآخر ؛ لما فيه من التحكم عند التساوى فى الرواج ، وإذا لم يمكن الصرف إلى أحدها ، والحال أنها متفاوتة فى المالية جاءت الجهالة المفضية إلى المنازعة ؛ لأن المشترى يريد دفع الأنقص مالية ، والبائع يريد دفع الأعلى ، فيفسد البيع ، إلا أن ترتفع الجهالة ببيان أحدها فى المجلس ، ويرضى الآخر ، فيصح البيع ؛ لارتفاع المفسد قبل تقرره (١) .

المالكية :

المبيع :

يشترط المالكية لصحة البيع العلم بصفة المبيع ؛ لأن فى بيع مجهول الصفة غرراً (٢) .

الثمن :

ويشترطون كذلك العلم بصفة الثمن ؛ لأن فى البيع بثمن مجهول الصفة

---

(١) فتح القدير ٥ : ٨٣ ، والزيلعى ٤ : ٥ ، وانظر أيضا البدائع ٥ : ١٥٨

(٢) المنتقى ٥ : ٤١ ، والمقدمات الممهدات ٢ : ٢٢٤ ، وبداية المجتهد ٢ : ١٤٨ و ١٧٢ ، وتهذيب الفروق ٣ : ٢٧١ ، والقوانين الفقهية ٢٤٧ .

غررا[1] ، ولهم فى ذلك تفصيل كتفصيل الحنفية ، فإذا قال شخص: اشتريت هذه السلعة بعشرة دنانير ، فإن كان فى البلد صنف واحد من الدنانير فلا إشكال ، وإن كان فيه أكثر من صنف فإن كانت متساوية فى النفاق فالبيع صحيح ، وليس على من ابتاع فيه شيئا أن يبين بأى سكة يبتاع ، ويجبر البائع على أن يأخذ ما جاء به المشترى ، وإن كان فى البلد أكثر من صنف ، ولكن السكة الجارية فيه واحدة فالبيع صحيح ، ويجبر البائع على قبض السكة الجارية ، وكذلك إذا كانت إحدى السكك الجارية هى الغالبة فإن البيع يصح ويحمل على السكة الغالبة ، على ما فى ظاهر المدونة ، وإن كان فيه أكثر من صنف ، وكلها جارية ، ولكنها لاتجوز بجواز واحد ، فالبيع فاسد حتى يسمى بأى سكة يبتاع[2] .

الشافعية:

المبيع :

للشافعية ثلاثة أوجه فى اشتراط ذكر الصفات لصحة البيع[3] :

الأول : لايصح البيع حتى تذكر جميع الصفات كالمسلم فيه .

الثانى : لايصح حتى تذكر الصفات المقصودة .

الثالث : يصح البيع من غير ذكر شىء من الصفات ، لأنه طالما كان خيار الرؤية ثابتًا للمشترى ، فإن الاعتماد يكون على الرؤية ، فلا حاجة إلى ذكر الصفات[4].

الثمن :

هذا بالنسبة للمبيع ، أما الثمن فلا بد من العلم بصفته ليصح البيع ، قال الشيرازى :

---

(١) المصادر السابقة .

(٢) الحطاب ٤ : ٢٧٧-٢٧٨ .

(٣) هذا على القول بصحة بيع الغائب ، وثبوت خيار الرؤية.

(٤) المجموع ٩ : ٢٨٨ .

« لايجوز البيع إلا بثمن معلوم الصفة ٠٠٠٠ ؛ لأن الثمن عوض فى البيع فلم يجز مع الجهل بصفته كالمسلم فيه[١] ».

وعلى هذا إذا قال: بعتك بدينار أو بكذا دنانير ، وكان فى البلد دنانير صحاح ودنانير مكسرة ، فإن كان المعهود التعامل بهما معا ، وكان بينهما تفاوت،لم يصح البيع حتى يبين : هل الدينار من الصحاح أو من المكسرة ، كما لو كان فى البلد نقدان غالبان وأطلق[٢]،وإن كان المعهود التعامل بهما معا ، ولم يكن بينهما تفاوت صح البيع وسلم ماشاء منهما ، ولو كان المعهود أن يؤخذ نصف الثمن من الصحاح ، ونصفه من المكسرة مثلا ، فالبيع صحيح محمول على ذلك المعهود ، وإن كان المعهود فى البلد أحدهما انصرف إليه ، فإن كان المعهود الصحاح انصرف إليها ، وإن كان المعهود المكسرة انصرف إليها إلا أن تتفاوت قيمتها فلايصح[٣].

الحنابلة :

المبيع :

ذكر صفة المبيع شرط لصحة البيع عند الحنابلة .

قال الشيخ مجد الدين أبو البركات : « ولايصح البيع إلا بشرط معرفة المبيع برؤية وقت العقد،أو قبله بزمن لا يتغير فيه غالبا ، أو بصفة تكفى فى السلم إن كان مما يجوز السلم فيه،ومتى وجده بخلاف الصفة أو الرؤية السابقة فله الفسخ »[٤]. وقال ابن قدامة : « ولا يجوز بيع ما تجهل صفته كالمسك فى الفأر »[٥]. هذه

---

(١) المهذب ١ : ٢٦٦

(٢) انظر ص ١٧١

(٣) المجموع ٩ : ٣٢٩-٣٣٠

(٤) المحرر فى الفقه ١ : ٢٩١ - ٢٩٤

(٥) المغنى ٤ : ١٠٩ والفأر جمع فأرة وهى الوعاء الذى يكون فيه المسك

هى أظهر الروايتين فى مذهب الحنابلة ، وفى المذهب رواية أخرى بعدم اشتراط الصفة ، فيصح بيع العين الغائبة من غير ذكر صفتها ، ويثبت للمشترى خيار الرؤية(١) .

الثمن :

ويشترط الحنابلة العلم بصفة الثمن كالمبيع ، فلو باع سلعة بدينار مطلق ، غير معين ولا موصوف ، وفى البلد نقود مختلفة من الدنانير كلها رائجة لم يصح البيع ؛ لأن الثمن غير معلوم حال العقد .

أما إن كان فى البلد نقد واحد ، فإن البيع يصح وينصرف الدينار إليه ؛ لأنه تعين بانفراده ، وعدم مشاركة غيره له ، فانتفت الجهالة .

وكذلك يصح البيع إذا كان فى البلد نقود مختلفة ، وكان أحدها الغالب رواجا ؛ لأن الإطلاق ينصرف إليه ؛ لدلالة القرينة على إرادته ، فكأنه معين(٢) .

الظاهرية :

الظاهرية يشترطون لصحة البيع العلم بصفة المبيع .

قال ابن حزم : « فإن بيع شىء من الغائبات بغير صفة ، ولم يكن مما عرفه البائع لا برؤية ولا بصفة .... فالبيع فاسد مفسوخ أبداً ، لا خيار فى جوازه أصلا(٣) ، ثم قال فى الاستدلال لرأيه : « والبرهان على بطلان مالم يعرف برؤية ، ولا بصفة صحة نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ، وهذا عين الغرر ؛ لأنه لا يدرى ما اشترى أو باع ، وقول الله تعالى : « إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » ، ولا يمكن أصلا وقوع التراضى على ما لا يدرى قدره ولا صفاته »(٤) .

---

(١) المغنى ٣ : ٥٨٠
(٢) كشاف القناع على متن الإقناع ٣ : ١٣٩ — ١٤٠ ، وانظر الإنصاف ٤ : ٣١٠
(٣) المحلى ٨ : ٣٤٢ .
(٤) المصدر السابق ٣٤٣ .

الشيعة :

يشترط الشيعة الإمامية ذكر صفة المبيع والثمن لصحة البيع ، فقد جاء فى مفتاح الكرامة : يجب العلم بثلاثة أشياء : عين المبيع ، وقدره ، وصفته[١] ، وجاء فى الروضةالبهية : «يشترط علم الثمن قدرا وجنساً ووصفا»[٢] . أما الشيعة الزيدية فلا يشترطون ذلك استناداً إلى حديث خيار الرؤية[٣] .

القانون :

ويشترط القانون ذكر صفة المحل ، إذا كان شيئا معينا بالذات ، ولم يسبق لأحد المتعاقدين معرفته ، فإذا باع شخص فرسه ، ولم يكن المشترى رآه من قبل ، وجب ذكر نوعه وشنه ولونه ، وغير ذلك من الأوصاف التى تميزه عن غيره من الأفراس ، أما إذا كان شيئا غير معين بالذات ، وذكر جنسه ونوعه ومقداره ، ولم تذكر صفته من حيث الجودة ، فإن العقد صحيح، ويجب أن يكون الصنف من الوسط إذا لم يمكن استخلاص درجة الجودة من العرف أو من ظروف التعاقد ، فإذا باع شخص مائة قنطار من قطن الكرنك ولم يبين درجة الجودة صح البيع ، ووجب الأداء من القطن المتوسط الجودة[٤] .

يرى من هذا أن جمهور الفقهاء يشترطون ذكر صفة المحل لصحة البيع ، وأن القانون يتفق مع الجمهور فى هذا ، وهو ما نرى الأخذ به ؛ لأن انتفاء الغرر لا يمكن أن يتحقق مع الجهل بصفة المحل ، وثبوت خيار الرؤية لا يصلح

---

(١) مفتاح الكرامة ٤ : ٢٢٤

(٢) الروضة البهية ١ : ٢٨٥

(٣) البحر الزخار ٣ : ٣٢٤ و٣٥١ وانظر زيادة تفصيل فى هذا الموضوع فى الكلام عن بيع العين الغائبة

(٤) المادة ١٣٣ و٤١٩ ، ومصادر الحق ٣ : ٦٦ ، وانظر شرح العقود المدنية للأستاذ الدكتور جميل الشرقاوى ٤٢

مبررا لترك الوصف فيما يمكن وصفه ، فإن خيار الرؤية لا يثبت إلا فى عقد مستكمل لشروط الصحة ، ومن شروط صحة العقد انتفاء الغرر ، وما دام الوصف ممكنا فإن تركه يكون ارتكابا للغرر من غير حاجة ، فيفسد به العقد ، أما إذا تعذر الوصف فإن العقد يصح ويثبت خيار الرؤية جبرا للغرر .

بعض البيوع الممنوعة للجهل بصفة المحل :

نبدأ بذكر ما ورد فيه نص ، ثم نتبعه ببعض البيوع التى منعها الفقهاء اجتهادا ، لأنها مجهولة الصفة فتدخل فى بيع الغرر المنهى عنه .

١ — بيع الحمل

النصوص :[1] .

عن أبى سعيد الخدرى قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما فى بطون الأنعام حتى تضع ، وعما فى ضروعها إلا بكيل ، وعن شراء الغنائم حتى تقسم ، وعن شراء الصدقات حتى تقبض ، وعن شراء العبد وهو آبق ، وعن ضربة الغائص[2] .

---

(١) انظر ص ٦٠ الحديث الثامن .

(٢) روى هذا الحديث أحمد وابن ماجه ، وأخرجه أيضا البزار ، والدارقطنى كما فى نيل الأوطار ، وأخرجه البيهقى واللفظ له . السنن الكبرى ٥ : ٣٣٨ والمنتقى مع نيل الأوطار ٥ : ٢٤٥ ومسند الإمام أحمد ٣ : ٤٢ ، وسنن ابن ماجه ٢ : ١٨ ، وفى بعض هذه الكتب شراء ما فى بطون إلخ . بدل « بيع » و« المغانم » بدل « الغنائم » مع اختلاف فى الترتيب ، وقد ضعف الحافظ والبيهقى وابن حزم إسناد هذا الحديث ، وضعفه آت من شهر بن حوشب أحد رواته فإن فيه مقالا . قال ابن حزم : عنه إنه متروك ، وقال عن بعض من رووا عنه الحديث : إنهم مجهولون . ولكن متن الحديث تعضده أحاديث أخر صحيحة . قال البيهقى : « وهذه المناهى وإن كانت فى هذا الحديث بإسناد غير قوى فهى داخلة فى بيع الغرر الذى نهى عنه فى الحديث الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . السنن الكبرى ٥ : ٣٣٨ . وقال الشوكانى : « ويشهد لأكثر الأطراف التى اشتمل عليها أحاديث أخر ، منها أحاديث النهى عن بيع الغرر ، وما ورد فى النهى عن بيع المضامين والملاقيح ، وما ورد فى حبل الحبلة على أحد التفسيرين . نيل الأوطار ٥ : ٢٤٥ وانظر المحلى ٨ : ٣٩٠ .

حكم بيع الحمل:

اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز بيع الحمل دون أمه ؛ لنهيه صلى الله عليه وسلم عن ذلك[١] .

وعلة المنع : الغرر من جهتين :

إحداهما : جهالته ، فإنه لا تعلم صفته ، ولا حياته[٢] . قال مالك : « والأمر عندنا أن من المخاطرة والغرر اشتراء ما فى بطون الإناث من النساء والدواب ؛ لأنه لا يدرى أيخرج أم لا يخرج ، فإن خرج لم يدر أيكون حسنا أم قبيحا ، تاما أم ناقصا ، ذكراً أم أنثى ، وذلك كله يتفاضل : إن كان على كذا فقيمته كذا ، وإن كان على كذا فقيمته كذا[٣] .

ثانيتهما : تعذر التسليم[٤] . قال الباجى : « وأحد الأمرين يفسد العقد وإفساده إذا اجتمعا أوكد ».

وزاد السرخسى علة ثالثة ، هى : انعدام المالية والتقوم فيه قبل انفصاله[٥] ، واعتبره الكاسانى من بيع ماله خطر العدم[٦] .

---

(١) الأصل ٦٦ و ٩٢ ، والموطأ بهامش المنتقى ٥ : ٤٢ ، والمغنى ٤ : ٢٠٨ ، والمهذب ١ : ٢٦٥ ، ونيل الأوطار ٥ : ٢٤٥

(٢) المنتقى ٥ : ٤٢ ، والمغنى ٤ : ٢٠٨ ، والمهذب ١ : ٢٦٥

(٣) الموطأ بهامش المنتقى ٥ : ٤٢

(٤) المنتقى ٥ : ٤٣ ، والمغنى ٤ : ٢٠٨ ، ونيل الأوطار ٥ : ٢٤٥

(٥) المبسوط ١٢ : ١٩٤

(٦) البدائع ٥ : ١٣٨

٢ — بيع المضامين

النصوص : [١]

١ — عن أبي هريرة : أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المضامين والملاقيح [٢] .

٢ — مالك عن ابن شهاب عن سعيدبن المسيب أنه قال:لاربافىالحيوان، وإنما نهى من الحيوان عن ثلاثة عن المضامين ، والملاقيح ، وحبل الحبلة [٣] .

٣ — بيع الملاقيح

النصوص :

ورد النهي عن بيع الملاقيح فى كل الأحاديث التى ورد فيها النهى عن بيع المضامين فارجع إليها [٤] .

معنى المضامين :

فسر أكثر العلماء المضامين بما فى أصلاب الفحول ، وهو قول أبىعبيد ، وفسرها بعضهم بما فىأرحام الإناث ، أومافى بطون الحوامل . حكى هذا القول الزهرى عن ثعلب ، عن ابن الأعرابى ، وهـو تفسير مالك ، قال فى الموطأ : والمضامين بيع ما فى بطون إناث الإبل [٥] .

معنى الملاقيح :

فسر أكثر العلماء الملاقيح بمافى أرحام الإناث ، أوما فى بطون الحوامل،

---

(١) انظر الحديث الثامن ص ٦٠

(٢) الموطأ ٥: ٤٢

(٣) الموطأ ٥ : ٢٢ وهذا الحديث مرسل .

(٤) وانظر أيضا ص ٦٠ الحديث الثامن .

(٥) فالمضامين جمع مضمون ، أىالمحمول فى البطن ، كأن بطون الإبل تضمنه .

وهو قول أبي عبيد ، وفسرها بعضهم بما فى أصلاب الفحول ، أوما فى ظهور الجمال [١] ، وهو تفسير مالك فى الموطأ [٢] . وقال الفيروز ابادى: إن الملاقيح تطلق أيضا على الأمهات ، ولكن جاء فى المختار والمصباح: إن الإناث الحوامل تسمى « الملاقح » من غير ياء ، ويرى المرتضى أن المضامين والملاقيح كلمتان مترادفتان ، وأن كلا منهما تطلق على الحمل أوماء الفحل [٣] .

فمعنى « بيع المضامين » بيع ما فى ظهر الفحل بمعنى أن يحمل البائع الفحل على ناقته فما أنتجته كان للمشترى ، أو أن يعطى المشترى البائع ثمنا على أن يحمل فحله على ناقة المشترى [٤] . أو بيع ما يضرب به الفحل فى عام أو أعوام ، وهذا بيع كان متعارفا عليه عند الجاهلية [٥] ومعنى « بيع الملاقيح » بيع الجنين فى بطن أمه ، وهذا بيع كان متعارفا عليه فى الجاهلية أيضا [٦] .

حكم بيع المضامين والملاقيح :

اتفق الفقهاء على بطلان بيع المضامين والملاقيح ؛ لورود النص بمنعه [٧] .

علة المنع :

١ — أن المبيع مجهول الصفة .

٢ — ومتعذر التسليم [٨] .

---

(١) مختار الصحاح ، والمصباح، والقاموس المحيط، ولسان العرب ، والمبسوط ١٢: ١٩٥، والشرح الكبير للدردير ٣ : ٥٧ ط . السعادة، والمغنى ٤: ٢٠٨

(٢) الموطأ بهامش المنتقى ٥ : ٢٢

(٣) البحر الزخار ٣ : ٢٩٤

(٤) المنتقى ٥ : ٢٢

(٥) البحر الزخار ٣ : ٢٩٤ ، والمغنى ٤ : ٨ ٢

(٦) المغنى ٤ : ٢٠٨

(٧) البدائع ٥ : ٣٠٥ ، والمنتقى ٥: ٢٢، والمغنى ٤ : ٢٠٨ ، والبحر الزخار ٣: ٢٩٤

(٨) المنتقى ٥ : ٤٢ ، والمغنى ٤ : ٢٠٨

٤ — المجر

عن ابن عمر : أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المجر[١] .

معنى المجر :

فسر المجر بعدة تفسيرات :

قال ابن الأعرابى : المجر ما فى بطن النـاقة ، والمجر الربا ، والمجر القمار ، والمجر المحاقلة والمزابنة[٢] ، وفى القاموس : المجر ما فى بطن الحوامل من الإبل والغنم ، وأن يشترى ما فى بطونها ، وأن يشترى البعير بمـا فى بطن الناقة ، والمجر الربا ، والقمار ، والمحاقلة والمزابنة . وفى المختار : المجر كالفجر أن يباع الشىء بما فى بطن هـذه الناقة ، وفى المصباح : المجر شراء ما فى بطن الناقة أو بيع ما فى بطنها ، وقيل : هو المحاقلة . وفى البحر الزخار : المجر هو المضامين ، وقد يطلق على المحاقلة ، والمزابنة ، والربا ، والقمار[٣] . وفى مفتاح الـكرامة : والمجر هو بيع ما فى الأرحام ، وكان من بياعات الجاهلية[٤] .

فالمجر يطلق على المعانى الآتية :

١ — ما فى بطون الحوامل . ٢ — شراء مافى بطون الحوامل .

٣ — الشراء بما فى بطن الحامل . ٤ — القمار . ٥ — الربا .

٦ — المحاقلة . ٧ — المزابنة .

والمعنى الأول هو الذى يتفق مع لفظ الحديث ، ولا خـلاف بين الفقهاء فى منعه .

---

(١) رواه مالك الموطأ : ٥ : ٤٢ .

(٢) المغنى ٤ : ٢٠٨

(٣) البحر الزخار ٣ : ٢٩٤

(٤) مفتاح الـكرامة ٤ : ١٤٣

٥ — عسب (١) الفحل

النصوص :

١ — عن ابن عمر قال : نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن ثمن عسب الفحل (٢) .

٢ — عن أنس : أن رجلا من كلاب سأل النبى صلى الله عليه وسلم عن عسب الفحل فنهاه ، فقال : يا رسول الله ، إنا نطرق الفحل فنكرم فرخص له فى الكرامة (٣) .

٣ — عن أبى سعيد قال : نهى عن عسب الفحل، وعن قفيز الطحان (٤) .

٤ — عن أبى هريرة : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كسب الحجام، وعن ثمن الكلب ، وعن عسب الفحل (٥) .

---

(١) عسب بفتح العين وإسكان السين . (٢) روى هذا الحديث أحمد ، والبخارى، والنسائى، وأبو داود ، والترمذى . قال أبو عيسى : حديث ابن عمر حديث حسن صحيح . والعمل على هذا عند بعض أهل العلم ، وقد رخص بعضهم فى قبول الكرامة على ذلك . المنتقى ٥ : ٢٤٢ ، ومسند الإمام أحمد ٢ : ١٤ ، والبخارى ٣ : ٩٣ ، والنسائى مع حاشية السندى ٧ : ٣١٠ ، وسنن أبى داود ٣ : ٣٦٤ ، والجامع الصحيح للترمذى ٣ : ٥٧٢

(٣) روى هذا الحديث الترمذى . نيل الأوطار ٥ : ٢٤٢ والجامع الصحيح ٣ : ٥٧٣ ، ورواه النسائى مع اختلاف فى اللفظ ، ولم يذكر فيه : « فرخص له فى الكرامة » النسائى بحاشية السندى ٧ : ٣١٠ . قال أبو عيسى: حديث حسن غريب، لا نعرفه إلا من حديث إبراهيم بن حميد عن هشام بن عروة . الجامع الصحيح ٣ : ٥٧٣

(٤) رواه الدارقطنى . منتقى الأخبار ٦ : ٣٣، وأخرجه أيضا البيهقى، نيل الأوطار ٦: ٣٣ ورواه النسائى ولم يذكر فيه قفيز الطحان ، النسائى ٧ : ٣١١ . فى إسناد هذا الحديث هشام أبو كليب ، قال عنه ابن القطان والذهبى : لا يعرف ، وزاد الذهبى : « وحديثه منكر » . وقال مغلطاى : هو ثقة ، وأورده ابن حبان فى الثقات . نيل الأوطار ٦ : ٣٣ .

(٥) رواه النسائى : النسائى ٧ : ٣١١ . ورواه ابن ماجه ، ولم يذكر فيه كسب الحجام . سنن ابن ماجه ٢ : ١٠ ط التازية . ورواه أحمد من طرق مختلفة، وبألفاظ مختلفة منها: نهى =

٥ — عن أبي حازم قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب وعسب الفحل[١] .

٦ — عن علي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن كل ذي ناب من السبع وكل ذي مخلب من الطير ، وعن ثمن الميتة ، وعن لحم الحمر الأهلية ، وعن مهر البغي ،وعن عسب الفحل ، وعن المياثر الأرجوان[٢] .

٧ — أخبرني أبو الزبير أنه سمع جابر بن عبد الله يقول :

نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ضراب الجمل ؛ وعن بيع الماء والأرض لتحرث ، فعن ذلك نهى النبي صلى الله عليه وسلم[٣] .

معنى عسب الفحل :

قال في القاموس : العسب ضراب الفحل ، أو ماؤه ، أو نسله ، والولد وإعطاء الكراء على الضراب ، وفي مختار الصحاح : العسب بوزن العذب كراء ضراب الفحل ، وعسب الفحل أيضا ضرابه، وقيل:ماؤه ، وفي المصباح المنير: عسب الفحل الناقة عسبا من باب ضرب طرقها ، وعسبت الرجل عسبا أعطيته الكراء على الضراب .

يؤخذ من هذا أن العسب يطلق على المعاني الآتية : ١ ـ ضراب الفحل . ٢ ـ ماء الفحل . ٣ ـ نسل الفحل . ٤ ـ الكراء على ضراب الفحل .

= رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كسب الحجام وكسب البغي ، وثمن الكلب . قال:وعسب الفحل قال : وقال أبو هريرة:هذه من كيسي . مسند الإمام أحمد ٢ : ٢٩٩ وانظر ص ٣٣٢و٤١٥ و ٥٠٠ .

(١) رواه النسائي : النسائي ٧ : ٣١١

(٢) رواه أحمد . مسند الإمام أحمد ١ : ١٤٩

(٣) رواه مسلم : واللفظ له، والنسائي : صحيح مسلم بشرح النووي ١٠ : ٢٢٨ ـ ٢٣٠ وسنن النسائي بشرح السيوطي وحاشية السندي ٧ : ٣١٠، وانظر المنتقى ٥ : ٢٤٢

الفرق بين المضامين أو الملاقيح ، والمجر ، وعسب الفحل :

يفرق صاحب مفتاح الكرامة بين هذه الألفاظ بأن الملاقيح المراد منها النطفة بعد استقرارها ، والعسب المراد منه النطفة قبل استقرارها ، والمجر أعم من كل منهما [١] .

معنى الحديث :

يحتمل حديث النهى عن عسب الفحل معنيين :

أحدهما : النهى عن كراء الفحل للضراب ، وهذا على تفسير عسب الفحل بالكراء على ضراب الفحل ، كما جاء فى القاموس والمختار والمصباح ، ويؤيد هذا التفسير حديث أنس [٢] .

ثانيهما : النهى عن بيع ضراب الفحل أو مائه أو نسله ، فهو على حذف المضاف [٣] ، وهذا على تفسير عسب الفحل بضراب الفحل ومائه ، كما جاء فى القاموس والمختار ، وعلى تفسيره بنسل الفحل كما جاء فى القاموس ، ولا يصح أن يكون المراد نفس الضراب ؛ لأن تناسل الحيوان مطلوب لذاته لمصالح العباد ، فلا يتصور النهى عنه ، ويؤيد هذا المعنى حديث جابر [٤] .

حكم بيع عسب [٥] الفحل :

لا خلاف بين الفقهاء فى أن بيع عسب الفحل ـ أى بيع ضرابه أو مائه أو نسله ـ

---

(١) مفتاح الكرامة ٤ : ١٤٤

(٢) انظر ص ١٨٦ الحديث الثانى .

(٣) جعل فى المصباح المنير المضاف المحذوف « كراء » وهو غير سليم ، لأن كراء لا تحتاج إلى تقدير ، فإن من معانى العسب الكراء على ضراب الفحل .

(٤) انظر الحديث السابع ، وقد فسر النووى هذا الحديث بقوله : « النهى عن ضراب الجمل معناه عن أجرة ضرابه ، وهو عسب الفحل المذكور فى حديث آخر : النووى على مسلم ١٠ : ٢٣٠ ، وهذا تفسير غير سليم أيضاً ، لأن حديث جابر فيه النهى عن بيع ضراب الفحل

(٥) انظر حكم كراء الفحل للضراب فى الكلام عن الإجارة

لايجوز، للأحاديث الواردة فى النهى عنه ، وعلل الكاسانى المنع بأنه معدوم عند العقد[١] ، وعلله الشوكانى بأنه غير متقوم ، وغير معلوم ، وغير مقدور على تسليمه[٢].

يتضح من هذه التفاسير المختلفة لهذه الكلمات : المضامين ، والملاقيح ، والمجر وعسب الفحل أن هناك معنى مشتركا بينها ، هو النهى عن بيع ما تلده البهيمة ، سواء كان حملا ظاهراً فى بطنها ، أو نطفة فى رحمها ، أو ماء فى ظهر الفحل ، والذى يظهر لى أن البيع فى جميع هذه الأحوال يكون معلقا على ولادة الأنثى فإذا ولدت لزم المشترى الثمن على أى صفة جاء المولود ، أما إذا لم تلد الأنثى فلا يكون هناك بيع ، ولهذا اعتبرت هذه البيوع من البيوع الممنوعة للجهل بصفة المبيع ، على أن هذا لايمنع من أن تكون هناك علة أخرى للمنع كما رأينا .

٦ — بيع ما يكمن فى الأرض :

اختلف الفقهاء فى جواز بيع ما يكمن فى الأرض قبل قلعه ، كالبصل والثوم ، والفجل ، والجزر ، واللفت ، والكرنب ، والكرات ، والقلقاس والسلق : فأجازه الحنفية ، والمالكية ، والأوزاعى[٣] ، وإسحاق[٤] ، وابن تيمية ، وابن القيم . ومنعه الشافعية ، والحنابلة ، والظاهرية ، والشيعة الزيدية ، وابن المنذر[٥] .

الحنفية :

يجوز عند الحنفية بيع المغيبات فى الأرض كالجزر والبصل والفجل ، ويثبت للمشترى الخيار عند القلع[٦] . هكذا أطلق الكاساني الحكم بالجواز ،

(١) البدائع ٥ : ١٣٩
(٢) نيل الأوطار ٣ : ٢٤٢
(٣) المغنى ٤ : ٩١
(٤) المصدر السابق
(٥) المصدر السابق
(٦) البدائع ٥ : ١٦٤

وقيد الحصكفي وابن عابدين الجواز بما إذا علم وجوده وقت البيع ، أما إذا كان الجزر ونحوه لم ينبت أو نبت ولم يعلم وجوده فإنه لا يجوز في القياس ؛ لأنه معدوم ، وأفتى بعض مشايخ الحنفية بالجواز عملا بالاستحسان ، وأفتى بعضهم بالجواز إذا كان الموجود أكثر من المعدوم ؛ لأن المعدوم في هذه الحالة يكون تابعاً للموجود ، وهي رواية عن محمد [(١)] .

المالكية :

ويجوز عند المالكية بيع مغيب الأصل كالجزر ، والبصل ، والثوم ، والفجل ، والقلقاس ، واللفت ، والكرنب إذا بدا صلاحه ، وهو استحقاقه للأكل ، بشروط ثلاثة :

١ ـ أن يرى المشترى ظاهره .

٢ ـ أن يقلع شيء منه ويرى .

٣ ـ أن يحزر إجمالا ، ولا يجوز بيعه من غير حزر ، بالقيراط أو الفدان ، فإذا تحققت هذه الشروط لا يكون مجهولا ؛ لأن هذه طريق معرفته [(٢)] .

الشافعية :

لا يجوز عند الشافعية بيع شيء مغيب في الأرض كالفجل والجزر والثوم والبصل ؛ لأن المقصود مستور ، ولا يجوز إلا بيع ما ظهر من هذه الأشياء بشرط قطعه [(٣)] .

قال الشافعي : « كل ما كان من نبات الأرض ، بعضه مغيب فيها ، و بعضه

---

(١) الدر المختار ورد المحتار ٤ : ١٤٠

(٢) بداية المجتهد ٢ : ١٥٧ ، والدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ١٨٤ ط السعادة .

(٣) المجموع ٩ : ٣٠٨

ظاهر ، فأراد صاحبه بيعه لم يجز بيع شيء منه إلا الظاهر منه يجز مكانه ، فأما المغيب فلا يجوز بيعه ، وذلك مثل الجزر والفجل والبصل وما أشبهه ، فيجوز أن يباع ورقه الظاهر مقطعاً مكانه، ولا يجوز أن يباع ما في داخله، فإذا وقعت الصفقة عليه كله لم يجز البيع فيه إلخ [١] . ويرى بعض الشافعية أن عدم الجواز مبنى على القول ببطلان بيع الغائب ، أما على القول بجواز بيع الغائب فإن بيع المغيب فى الأرض يجوز، وبه قطع إمام الحرمين ، ولكن الأصح أن بيع المغيبات فى الأرض باطل حتى على القول بجواز بيع الغائب ، والفرق بينهما أن فى بيع الغائب ، يكون للمشترى الخيار ، ويمكن رد المبيع على هيئته ومن غير ضرر يلحق البائع ، ولوجعلنا هذا الخيار للمشترى فى الجزر ونحوه لكان له أن يرده بعد قلعه ، ولو لم يكن فيه عيب ، وفى هذا ضرر بالبائع [٢] .

الحنابلة :

لا يجوز عند الحنابلة بيع ما المقصود منه مستور فى الأرض كالجزر والفجل والبصل والثوم حتى يقلع ويشاهد ؛ لأنه بيع مجهول لم ير ولم يوصف ، فأشبه بيع الحمل فهو من الغرر المنهى عنه [٣] .

وهذا هو المنصوص عن الإمام أحمد ، فإن أباداود قال : قلت لأحمد : بيع الجزر فى الأرض . قال : لا يجوز بيعه إلا ما قلع منه ، هذا غرر شيء ليس يراه ، كيف يشتريه ، وهذا هو قول أكثر أصحابه [٤] ، غير أن ابن قدامة يرى أن المغيب فى الأرض إذا كان مما تقصد فروعه وأصوله كالبصل الأخضر والكرات والفجل ، أو كان مما تقصد فروعه فالأولى جواز بيعه ؛

---

(١) الأم ٣ : ٥٧ — ٥٨

(٢) المجموع ٩ : ٣٠٨ ، والأم ٣ : ٥٨

(٣) المغنى ٤ : ٩١ ، ونسب ابن قدامة القول بالمنع لأصحاب الرأى

(٤) القواعد النورانية الفقهية ١٢٣

لأن المقصود منه ظاهر ، فأشبه الشجر والحيطان التى لها أساسات مدفونة ، ويدخل مالم يظهر فى البيع تبعا فلا تضر جهالته ، كالحمل فى البطن ، واللبن فى الضرع مع الحيوان . أما إن كان معظم المقصود منه أصوله لم يجز بيعه فى الأرض ؛ لأن الحكم للأغلب ، وكذلك إذا تساويا ؛ لأن الأصل المنع[1]

ويرى ابن تيمية أن كلام الإمام أحمد يحتمل وجهين :

أحدهما : أنه إذا لم ير المبيع كله لا يجوز البيع ، والثانى : أن رؤية بعض المبيع تكفى إذا دلت على الباقى ، كرؤية وجه العبد ، وقد أخذ ابن تيمية هذين الوجهين من تعليل المنع بعدم الرؤية ، ثم ينقل ابن تيمية أن ابن عقيل وغيره خرج فى بيع المغيبات وجهين :

أحدهما : الجواز بناء على إحدى الروايتين عنه فى بيع ما لم يره ، ويعلق ابن تيمية على هذا بقوله : « ولا شك أنه ظاهر ، فإن المنع إنما يكون على قولنا لا يصح بيع مالم يره ، فإذا صححنا بيع الغائب فهذا من الغائب » .

والثانى : أنه يجوز بيعها مطلقا كمذهب مالك إلحاقا لها بلب الجوز ، ويعلق ابن تيمية على هذا بقوله : « وهذا القول هو قياس أصول أحمد وغيره لوجهين :

أحدهما : أن أهل الخبرة يستدلون برؤية ورق هذه المدفونات على حقيقتها ، ويعلمون ذلك أجود مما يعلمون العبد برؤية وجهه ، والمرجع فى كل شىء إلى الصالحين من أهل الخبرة به ، وهم يقرون بأنهم يعرفون هذه الأشياء كما يعرف غيرها مما اتفق المسلمون على جواز بيعه وأوكد .

الثانى : أن هذا مما تمس حاجة الناس إلى بيعه ، فإنه إذا لم يبع حتى يقلع

---

(١) المغنى ٤ : ٩١-٩٢

حصل على أصحابه ضرر عظيم ، فإنه قد يتعذر عليهم مباشرة القلع والاستنابة فيه،وإن قلعوه جملة فسد بالقلع ، فبقاؤه فى الأرض كبقاء الجوز واللوز ونحوهما فى قشره الأخضر . وأحمد وغيره من فقهاء الحديث يجوزون العرايا مع ما فيها من المزابنة، لحاجة المشترى إلى أكل الرطب ، أوالبائع إلى أكل التمر ، فحاجة البائع هنا أوكد بكثير»(١).

ثم يأتى ابن القيم فيسير على نهج شيخه ابن تيمية ، ويقرر أن القول بالجواز هو قول أهل المدينة ، وهو أحد الوجهين فىمذهب الإمام أحمد ، وهو الصواب المقطوع به ، ويؤيد ذلك بما نصه : « فإن فى المنع من بيع ذلك حتى يقلع أعظم الضرر والحرج والمشقة مع ما فيه من الفساد الذىلاتأتى به شريعة، فإنه إن قلعه كله فى وقت واحد تعرض للتلف والفساد ، وإن قيل كلما أردت بيع شىء منه فاقلعه كان فيه من الحرج والعسر ماهو معلوم . وإن قيل اتركه فى الأرض حتى يفسد ولاتبعه فيها ، فهذا لا تأتى به شريعة . وبالجملة فالمفتون بهذا القول لوبُلوا بذلك فى حقولهم، أو ماهو وقفعليها ونحو ذلك، لم يمكنهم إلا بيعه فى الأرض ولابد، أو إتلافه وعدم الانتفاع به . وقول القائل:إنهذا غرر ومجهول فهذا ليس حظ الفقيه ولا هو من شأنه ، وإنما هذا من شأن أهل الخبرة بذلك ، فإن عدوه قماراً أو غرراً فهم أعلم بذلك ، وإنما حظ الفقيه : يحل كذا لأن الله أباحه ، ويحرم كذا لأن الله حرمه ، وقال الله وقال رسوله وقال الصحابة . وأما أن هذا يرى خطراً وقماراً أو غرراً فليس من شأنه ، بل أربابه أخبر بهذا منه ، والمرجع إليهم فيه كما يرجع إليهم فى كون هذا الوصف عيباً أم لا ، وكون هذا البيع مربحا أم لا ، وكون هذه السلعة نافقة فى وقت كذا وبلد كذا ، ونحو ذلك من الأوصاف الحسية والأمور العرفية ،

---

(١) القواعد النورانية الفقهية ١٢٣-١٢٥

فالفقهاء بالنسبة إليهم فيها ، مثلهم بالنسبة إلى ما فى الأحكام الشرعية»(١) .

الظاهرية :

لا يجوز عند الظاهرية بيع المغيب فى الأرض من الجزر ونحوه ؛ لأن فى بيعه غرراً ، يقول ابن حزم فى أثناء احتجاجه على من منع بيع الآبق: «وإنما الغرر ما أجزتموه من بيع المغيبات التى لم يرها أحد قط من الجزر ، والبقل ، والفجل ولعلها مستاسة أو معفونة ... ، فهذا وأشباهه هو بيع الغرر المحرم(٢) » .

الشيعة :

لايجوز عند الشيعة الزيدية بيع كامن فى الأرض ، كأصل البصل والجزر والثوم ولو كان مورقا ؛ لما فيه من الغرر ، ويشبه الشيعة بيع هذه الأشياء ببيع الحوت فى الماء ، ولو اشتراه مع الأرض لايجوز أيضاً للجهالة . قال فى البحر الزخار : « والحيلة فى شرائه أن يشترى الأرض فيدخل تبعا ثم يردها بعد قطعه. قال يحيى : وهذا غلط إذ لا يدخل تبعا كالزرع » . ويفرق الشيعة بين هذا وبيع الغائب حيث جوزوه وجعلوا للمشترى خيار الرؤية ، بأن خيار الرؤية فيما يرد على حاله ، أما هذا فيرد بعد القلع ، ولهذا لم يصح(٣) .

يتبين مما نقلناه عن الفقهاء فى بيع ما يكمن فى الأرض أن هناك ثلاثة آراء فى الموضوع : رأى يجوز البيع ويثبت للمشترى خيار الرؤية ، وهو رأى الحنفية ، ولا أتجه إلى هذا ، لأن فى ثبوت الخيار للمشترى ضرراً بالبائع ، فإن مقتضى مذهب الحنفية أن للمشترى رد المبيع عند رؤيته بعد القلع من غير قيد ولا شرط ، كما هو الحال فى بيع العين الغائبة .

---

(١) إعلام الموقعين : ٤ : ٢ـ ٣

(٢) المحلى ٨ : ٣٩٠ و٣٩٢

(٣) البحر الزخار ٣ : ٣١٧ . وفيه : وقال القاضى زيد علامة الزيدية : يجوز بيع ما يكمن فى الأرض كالفجل ونحوه ، ويخير المشترى إن لم يتضرر بالقلع .

والرأى الثانى لا يجوز بيع المغيب فى الأرض إلا بعد قلعه وهو مذهب الشافعى ، وأحمد ، وابن حزم والزيدية ، بناء على أن فى بيعه قبل القلع غررا يمنع صحة البيع ، ولا أتجه إلى هذا الرأى أيضا ، لأن الحاجة قد تدعو إلى البيع قبل القلع ، وعرف الزراع جرى على بيع مثل هذه الأشياء قبل قلعها ، ففى إلزامهم بقلعها قبل البيع حرج ومشقة .

والرأى الثالث يجوز البيع بشروط تمكن من العلم بالمبيع علما لا يكون للغرر معه أثر على صحة البيع ، وهو مذهب المالكية ، وقد أيده ابن تيمية وابن القيم ، وبه نأخذ ، لأن فيه تحقيقا لمصلحة كل من البائع والمشترى ، ولا غرر فيه ، فإن العلم فى مثل هذه الحالات يحصل برؤية ظاهر المبيع أو برؤية بعضه ، وهذا يكفى لصحة البيع ، وعليه سار الناس فى تعاملهم .

٧ — بيع ما يختفى فى قشره

اختلف الفقهاء فى جواز بيع ما يختفى فى قشره كالجوز واللوز ، والفستق والباقلاء [١] الأخضر ، والطلع والأرز ، والسمسم ما دامت هذه الأشياء فى قشرها ومثلها الحنطة والبر فى سنبله ، ونافجة المسك [٢] أو المسك فى فأره [٣] ، والدر فى الصدف . وأكثرهم على جوازه .

ونورد فيما يلى آراءهم فى ذلك ، ممهدين لها بذكر حديثين استدل بهما بعضهم لرأيه .

---

(١) هو الفول ، على وزن فاعلاء يشدد فيقصر ، ويخفف فيمد ، الواحدة باقلاة . ابن عابدين ٤ : ٥٦ والمصباح المنير .

(٢) نافجة المسك ، جلده يكون فيها المسك ، والمسك دم يجتمع فى كيس فى سرة الظبية ثم يتقور ويسقط .

(٣) الفأرة الوعاء الذى يكون فيه المسك ، قال الشاعر :

إذا التاجر الهندى جاء بفأرة ... من المسك راحت فى مفارقهم تجرى

١ ـ عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخل حتى تزهو ، وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ، نهى البائع والمشترى [١] .

٢ ـ عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد [٢] .

ومعنى « بيع السنبل حتى يبيض » الواردة فى حديث ابن عمر ، و « بيع الحب حتى يشتد » الواردة فى حديث أنس ، واحد : هو بدو صلاحه [٣] . ويدل هذان الحديثان بمنطوقهما على أنه لا يجوز بيع السنبل قبل أن يبيض ، ولا بيع الحب قبل أن يشتد أى قبل أن يبدو صلاحه ، وهذا المعنى هو الذى قال الترمذي: إن عليه العمل عند أهل العلم ، ويدلان بمفهومهما على جواز بيع الحب بعد أن يشتد ، والسنبل بعد أن يبيض ، وبهذا المفهوم استدل الحنابلة والشافعى فى القديم .

الحنفية :

يجوز عند الحنفية بيع البر فى سنبله ، والباقلاء ، والأرز ، والسمسم ، والجوز واللوز والفستق فى قشرها الأول [٤] ، سواء بيع الحب وحده ، أو

(١) رواه الجماعة إلا البخارى وابن ماجه . المنتقى ٥ : ٢٧٥ ، وسنن أبى داود ٣ : ٣٤٤ وصحيح مسلم بشرح النووى ١٠ : ١٧٩ والنسائى ٧ : ٢٧٠ واللفظ لأبى داود ، قال أبو عيسى: حديث ابن عمر حديث حسن صحيح ، والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم وغيرهم ، كرهوا بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها . الجامع الصحيح للترمذى ٣ : ٥٢٩ ـ ٥٣٠

(٢) رواه الخمسة إلا النسائى. المنتقى ٥ : ٢٧٥ وسنن أبى داود ٣ : ٣٤٤ وأخرجه أيضاً ابن حبان والحاكم وصححه . نيل الأوطار ٥ : ٢٧٥، وقال النووى : حديث أنس روى بأسانيد صحيحة. المجموع على المهذب ٩ : ٣٠٥ . وقال أبو عيسى : هو حديث حسن غريب ، ولا نعرفه مرفوعا إلا من حديث حماد بن سلمة . الجامع الصحيح ٣ : ٥٣٠

(٣) النووى على مسلم ١٠ : ١٧٩ والسيوطى على النسائى ٧ : ٢٧٠

(٤) القشر الأول هو القشر الأعلى ، وإذا جاز بيعها فى قشرها الأول جاز بيعها فى قشرها الثانى من باب أولى .

الحب مع ما هو فيه ، وفى حالة بيع الحب وحده يجب على البائع إخراجه ، فلو باع حنطة فى سنبلها لزم البائع الدوس والتذرية . ويثبت للمشترى خيار الرؤية ؛ لأنه لم ير المبيع[١] .

ويفرق أبو يوسف بين هذا ، وبيع النوى فى التمر ، وحب القطن فى قطنه ، حيث جاز بيع الحنطة فى سنبلها ، ولم يجز بيع نوى تمر فى تمر بعينه . ولا بيع حب قطن فى قطن بعينه مع أنه فى غلافه كالحنطة ـ بأن النوى فى التمر والحب فى القطن معتبر عدما هالكا فى العرف ، فإنه يقال هذا تمر وقطن ، ولا يقال : هذا نوى فى تمره ولا حب فى قطنه . ويقال هذه حنطة فى سنبلها ، وهذا لوز وفستق فى قشره ، ولا يقال هذه قشور فيها لوز .. الخ .

وخرج ابن عابدين على تفرقة أبى يوسف هذه ، الجواب عن امتناع بيع اللبن فى الضرع ، واللحم والشحم فى الشاة ، والإلية والأكارع والجلد فيها ، والدقيق فى الحنطة ، والزيت فى الزيتون ، والعصير فى العنب ، لأن كل ذلك منعدم فى العرف ، فلا يقال هذا عصير وزيت فى محله[٢] .

المالكية :

يجوز عند المالكية بيع ما يختفى فى قشره كالجوز واللوز ، والباقلاء ، والرمان ، وإن لم يكسر شىء منه ليرى ما بداخله[٣] . كما يجوز بيع الحنطة[٤] فى سنبلها ، سواء بيعت وحدها أو بيعت مع سنبلها ، غير أنه يشترط لبيعها وحدها الشروط الآتية :

---

(١) ابن عابدين ٤ : ٥٦ ـ ٥٧

(٢) ابن عابدين ٤ : ٥٧ وانظر بيع المعدوم ، وانظر فتح القدير ٥ : ١٦ والبحر الرائق ٥ : ٣٠٥

(٣) بداية المجتهد ٢ : ١٥٧ والدردير على الشرح الكبير ٣ :٢٤ ط المكتبة التجارية ويعبر عنه خليل بالبيع برؤية الصوان ، أى برؤية ما يصون الشىء .

(٤) مثل الحنطة كل ما يتوصل إلى معرفة جودته ورداءته برؤية بعضه بفرك أو نحوه ـ الشرح الكبير للدردير ٣ : ١٦

١ ـ أن يكون بيعها بعد يبسها .

٢ ـ ألا يتأخر تمام حصدها ودرسها وذروها أكثر من خمسة عشر يوما ، وذلك لئلا يكون سلما فى معين .

٣ ـ أن تباع بالكيل ، كأن يقول : اشتريت هـذه الحنطة كل أردب بكذا سواء بيعت قبل الحصد أو بعده وقبـل تخليص الحب ، ولا يجوز بيعها جزافا لعدم رؤيتها[١] . أما إن بيع السنبل بما فيه من الحب فيشترط لصحة البيع ما يأتى :

١ ـ أن يكون البيع بعد يبسه .

٢ ـ أن يباع جزافا ، إذا كان قائما[٢] أو قتا ، أما إذا كان منفوشا[٣] . أو فى تبنه فلا يجوز بيعه جزافا إلا إذا كان رآه وهو فى سنبله قائما وحزره ، ولا يجوز أن يباع بالفدان بلا حزر .

٣ ـ أن يكون مما ثمرته فى رأس قصبته كالقمح ليمكن حزره ، أما ما ثمرته فى قصبته كالفول ، فلا يجوز بيع قته جزافا ولو رآه قائما لعـدم إمكان حزره[٤] .

الشافعية :

البقلاء فى قشره :

اختلف الشافعية فى بيع البقلاء فى قشريه[٥] فقيل : لا يجوز ، قال الشيرازى :

---

(١) الدسـوقى على الشرح الكبير ٣ : ١٦ ، ١٧٩ ط المـكتبة التجارية ، والمنتقى على الموطأ ٤ : ٢٢ و ٥ : ١٣

(٢) الزرع إما أن يكون قائماً أو غير قائم ، وغير القائم إما قت وإما منفوش ، وإما فى تبنه ، وإما مخلص .

(٣) أى مختلطا بعضه ببعض فى الجرين أو فى موضع حصده .

(٤) المصادر السابقة

(٥) المراد بقشريه القشر الأعلى والأسفل وهـذا هو محل الخلاف ، أما بيعه فى قشره الأسفل فلا خلاف فى جوازه

وهو المنصوص عليه فى الأم ؛ لأن الحب قد يكون صغارا وقد يكون كبارا ، وقد يكون فى بيوته مالا شىء فيه ، وقد يكون فيه حب متغير وذلك غرر من غير حاجة . وقال أبو سعيد الاصطخرى: يجوز لأنه يباع فى جميع البلدان من غير إنكار[١].

والوجهان مشهوران فى المذهب . قال النووى : وادعى إمام الحرمين والغزالى أن الأصح صحته ، لأن الشافعى رضى الله عنه أمر أن يشترى له الباقلى الرطب ، والأصح عند البغوى والشيرازى وآخرين عدم الصحة .

هذا بالنسبة لبيعه رطبا ، أما إن كان يابساً فيجوز بيعه فى قشريه على القول بجواز بيع الغائب ، أما على القول بعدم جواز بيع الغائب فلا يجوز كما صرح بذلك إمام الحرمين والبغوى والجمهور ، لأنه مستور بما لايحتاج إلى بقائه فيه ، ولا حاجة إلى شرائه كذلك ، وحكى المتولى وجها بالجواز حتى على القول بمنع بيع الغائب ، قال النووى : وهذا شاذ ضعيف[٢]

بيع الجوز فى قشره :[٣]

يجوز بيع الجوز ونحوه فى قشره الأسفل بلا خلاف . أما بيعه فى القشر الأعلى فالمذهب أنه لا يجوز مطلقا ، لا على الأرض ولا على الشجر ، لارطبا ولا يابسا . وحكى الخراسانيون الجواز ما دام رطبا ، قال النووى وهو قول ضعيف[٤]

---

(١) المهذب ١ : ٢٦٤

(٢) المجموع ٩ : ٣٠٥ ـ ٣٠٦

(٣) مثل الجوز كل ماله كمامان يزال أحدهما ويبقى الآخر إلى وقت الأكل كاللوز .

(٤) المجموع شرح المهذب ٩ : ٣٠٨

الحنطة فى سنبلها [١]

واختلف قول الشافعى فى بيع الحنطة فى سنبلها، فقال فى القديم: يجوز لحديث أنس، وقال فى الجديد: لا يجوز، لأنه لا يعلم قدر ما فيها من الحب ولا صفة الحب، وذلك غرر لا تدعو الحاجة إليه [٢] . والقولان مشهوران فى المذهب، قال النووى: والأصح عدم الصحة [٣] . هذا بالنسبة لبيعها مع سنبلها، أما بيع الحنطة منفردة عن سنبلها فلا يجوز بلا خلاف ما دامت فى سنبلها .

بيع نافجة المسك :

اختلف الشافعية فى بيع نافجة المسك فقال بعضهم: لا يجوز، قال الشيرازى: وهو ظاهر النص؛ لأنه مجهول القدر مجهول الصفة وذلك غرر من غير حاجة .

وقال أبو العباس : يجوز بيعها لأن النافجة فيها صلاح للمسك لأن بقاءه فيها أكثر، فإنه يحفظ رطوبته وذكاء رائحته، فجاز بيعه فيها كالجوز فى القشر الأسفل [٤] . وذكر النووى وجها ثالثا ، وهو أن النافجة إن كانت مفتوحة وشاهد المسك فيها ولم يتفاوت ثمنها صح البيع . قال النووى : والصحيح عدم الصحة مطلقا ؛ سواء بيع مع النافجة أو دونها، مفتوحة وغير مفتوحة، كما لا يصح بيع اللحم فى الجلد [٥] .

---

(١) مثل الحنطة كل ما لا يرى حبه فى سنبله كالعدس، والحمص، والسمسم، والحبة السوداء

(٢) المهذب ١ : ٢٦٤

(٣) المجموع ٩ : ٣٠٨ أما بيع الشعير، والذرة والسلت مع سنبله فجائز قبل الحصاد وبعده بلا خلاف لأن حباته ظاهرة.

(٤) المهذب ١ : ٢٦٤

(٥) المجموع ٩ : ٣٠٦

الحنابلة :

الجوز واللوز والباقلاء فى قشرته :

يجوز عند الحنابلة بيع الجوز واللوز والباقلاء الأخضر فى قشرته ، لأنه مستور بحائل من أصل خلقته فجاز بيعه كالرمان والبيض، ولأن بقاءه فى قشره فيه مصلحة له لأنه لا قوام له فى شجره إلا به ، والباقلاء يؤكل رطبا وقشره يحفظ رطوبته ، وهو يباع فى أسواق المسلمين بقشره من غير نكير فكان ذلك إجماعا[1] .

الحب فى سنبله :

ويجوز كذلك بيع الحب المشتد فى سنبله عملا بمفهوم الحديث ، كما يجوز بيع الطلع قبل تشققه مقطوعا على وجه الأرض وفى شجره[2] .

بيع المسك فى فاره :

ولا يجوز عند الحنابلة بيع المسك فى فاره لأنه مجهول الصفة إلا إذا فتح وشوهد ما فيه ، وذلك لأنه لا ضرر فى إخراج المسك من وعائه ، فانه يبقى خارجه من غير ضرر وتبقى رائحته ، فأشبه الدر فى الصدف فى عدم جواز بيعه مستورا[3] .

الشيعة :

الجوز والباقلاء :

يجوز عند الشيعة الزيدية بيع اللوز والجوز والباقلاء فى قشرها ، وإن كان

---

(١) المغنى ٤ : ٩٢ والمحرر ١ : ٣١٧

(٢) المغنى ٤ : ٩٢

(٣) المغنى ٤ : ٢٠٩ — ٢١٠

فيها الكبير والصغير ، والصحيح والفاسد ؛ لفعل المسلمين[١] .

المسك فى فأره :

يجوز عند الإمامية بيع المسك فى فأره ، وان لم يفتح ؛ لأن صفة المسك معلومة عند أهل الخبرة ، وقد جرت العادة فى مثل هذا بالبيع بشرط الصحة من غير مشاهدة واختبار ، لأن اختباره يؤدى إلى فساده[٢] .

الدر فى الصدف :

ولا يجوز بيع الدر فى الصدف ، لتفاوته كبرا وصغرا ، وعمقا ، وصفاء ، وكدرة[٣] .

يرى مزهدا : أن الحنفية والمالكية لا يختلف رأيهم فى بيع ما يختفى فى قشره عن رأيهم فى بيع ما يكمن فى الأرض .

فالحنفية يجوزون البيع ويجعلون للمشترى خيار الرؤية ، وهو رأى غير عملى ، إذ كيف يكون للمشترى الحق فى رد المبيع بعد كسره ؟ .

والمالكية يجوزون البيع بشروط تباعد بينه وبين الغرر وأى محظور آخر .

أما الشافعية والحنابلة فقد كانوا أكثر تساهلا فى هذا الموضوع ؛ فالشافعية مختلفون فى حكم بيع ما يختفى فى قشره ، بل إن الشافعى قد روى عنه قولان فى بيع بعض الأشياء التى تختفى فى قشرها ، كالباقلاء والحنطة .

والحنابلة جوزوا بيع أكثر الأشياء التى تختفى فى قشرها .

---

(١) البحر الزخار ٣ : ٣١٧

(٢) مفتاح الكرامة ٤ : ٢٢٧ و ٢٣٢

(٣) مفتاح الكرامة ٤ : ٢٢٧

وارى : أن القاعدة التى يمكن استخلاصها من هذه الآراء المختلفة ، والتى ينبغى اتباعها فى بيع ما يختفى فى قشره هى : أن ما يضره الكسر كالرمان يجوز بيعه وهو فى قشره ، وكذلك ما تمكن معرفته من غير إزالة قشره كالفول ، أما ما لا يضره الكسر ولا تمكن معرفته وهو فى قشره فلا يجوز بيعه ؛ لأن فى ذلك غررا من غير حاجة.

المبحث الخامس

الجهل بمقدار المحل

المحل المشار إليه، مبيعا كان أو ثمنا، لا يحتاج إلى معرفة قدره، فلو قال: بعتك هذه الصبرة من القمح، أو هذه الثياب بهذه الدراهم التى فى يدك، وهى مرئية له فقبل: جاز ولزم، مع كون الثياب والدراهم مجهولة العدد، لأن الإشارة كافية فى العلم به، النافى للجهالة المفضية إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم[1].

أما المحل غير المشار إليه فالعلم بمقداره شرط لصحة البيع، فلا يصح بيع مجهول القدر، ولا البيع بثمن مجهول القدر. لم يخالف فى هذا أحد من الفقهاء فيما اطلعت عليه سوى الشرنبلالى من علماء الحنفية، فإنه لم يشترط العلم بقدر المبيع لصحة البيع، كما لم يشترط العلم بوصفه، وقد وضحنا رأيه عند الكلام عن الجهل بصفة المحل.

علة المنع:

وعلة المنع هى الغرر، كما صرح بذلك كثير من فقهاء المالكية والشافعية[2].

ويعلل فقهاء الحنفية المنع، بأن جهالة مقدار كل من المبيع والثمن تفضى إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم[3]، وهذا يرجع إلى الغرر.

---

(١) هذه المسألة ترجع إلى بيع الجزاف، وسنفصل القول فيه إن شاء الله، وما ذكرناه هنا مأخوذ من كتب الحنفية.

(٢) بداية المجتهد ٢ : ١٤٨ و ١٥٨، والفروق ٣ : ٢٦٥ و ١٧٢، والقوانين الفقهية ٢٤٨، والمهذب ١ : ٢٦٤ و ٢٦٦، والمجموع ٩ : ٣١١ و ٣٣٣

(٣) ابن عابدين ٤ : ٢٨، وفتح القدير ٥ : ٨٣، والبدائع ٥ : ١٥٨ و ١٧٨، والاصل ٩٠ و ١٣٠

ويعلل ابن حزم المنع ، بأن التراضي لا يقع على ما لا يدرى قدره[1] وهذا أيضا يرجع إلى الغرر ؛ لأن التراضي المعدوم في بيع مجهول القدر هو التراضي المعتبر شرعا ، لا مجرد التراضي بين المتعاقدين ، فإن ذلك قد يكون موجوداً ، ولكن الشارع لا يعتد به ، لأنه تراضٍ على أمر فيه غرر ، وقد قلنا في الباب التمهيدي : إن النهي عن بيع الغرر من حق الشارع ، الذي لا يصح للمتعاقدين إسقاطه بتراضيهما .

القانون :

يشترط القانون في محل الالتزام أن يكون معينا بنوعه ومقداره ، إذا لم يكن معينا بذاته ، فإذا باع شخص قطنا مثلا ، وجب أن يذكر نوعه ومقداره ، إلا إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين المقدار ، كما إذا تعهد شخص أن يورد أغذية معينة النوع لمستشفى معين ، فالمقدار اللازم من الأغذية قابل للتعيين ، وفقا لحاجة المستشفى ، وهذا يكفي لصحة العقد[2] .

ويشترط كذلك أن يكون مقدار الثمن معينا ، أو قابلا للتعيين[3] ، ففي عقد البيع يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد[4] ، كما يصح البيع ولو لم يحدد المتعاقدان ثمنا ، متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نويا اعتماد السعر المتداول في التجارة ، أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما .

أما إذا لم يتفق المتعاقدان لا صراحة ولا ضمنا على تحديد الثمن ، أو على

---

(١) المحلى ٨ : ٣٤٣ ، وانظر ص١٧٩ .

(٢) المادة ١٣٣ من التقنين المدني المصري ومصادر الحق ٣ : ٦٦

(٣) المادة ١٣٣ ومصادر الحق ٣ : ٦٧

(٤) المادة ٤٢٣ وشرح العقود المدنية للأستاذ الدكتور جميل الشرقاوي ١١٨

جعله قابلا للتحديد ، ببيان الأسس التى يحدد بمقتضاها ، فإن البيع يكون باطلا ، لفقده ركناً من أركانه [1] .

واضح من هذا أن القانون لا يشترط أن يكون المحل معلوم المقدار وقت العقد ، بل يكفي فيه أن يتضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقدار المبيع أوالثمن فى المستقبل ، فهل يوافق الفقه الإسلامى القانون فى هذا ، فيكتفى بقابلية المحل للعلم بمقداره فى المستقبل ، وإن لم يكن معلوما وقت العقد ؟

يستحسن أن نرجىء الإجابة عن هـذا السؤال إلى أن نفرغ من بحث جزئيات هذا الموضوع ، ونتبين منها اتجاهات الفقهاء .

وسنتكلم فيما يلى عن بعض البيوع التى فيهـا غرر ناشىء عن الجهل بمقدار المحل :

(ا) الجهل بمقدار المبيع

١ ـ المزابنة [2]

النصوص :

وردت أحاديث متعددة فى النهى عن بيع المزابنة ، رويت عن جمع من الصحابة وبطرق مختلفة ، نذكرها فيما يلى تاركين المكرر ، وما ذكر منها فى موضوع آخر [3] .

---

(١) المادة ٤٣٤ ومذكرتها التمهيدية .

(٢) المزابنة مشتقة من الزبن وهو المخاصمة والمدافعة ، ومنه سميت الحرب الزبون ، لشدة الدفع فيها، وقيل: للبيع المخصوص مزابنة، لأن كلا المتبايعين يدفع صاحبه عن حقه، أو لأنهما يتدافعان فى مخاصمتهما بسببه. النووى على مسلم ١٠ : ١٨٧ ونيل الأوطار٥: ٢٤٨ والقاموس المحيط.

(٣) انظرحديث أنس ص ١١٩ (الملامسة) وحديث سهل بن أبى حثمة فى الكلام عن (العرايا).

١ ـ مالك عن داود بن الحصين ، عن أبي سفيان مولى ابن أبي أحمد[1] ، عن أبي سعيد الخدري ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة ، والمحاقلة .

والمزابنة اشتراء الثمر بالتمر[2] في رءوس النخل[3] .

٢ ـ عن أبي هريرة قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة[4] :

٣ ـ عن عطاء سمع جابر بن عبد الله رضي الله عنه نهى[5] النبي صلى الله عليه وسلم عن المخابرة ، والمحاقلة ، وعن المزابنة ، وعن بيع الثمر حتى يبدو صلاحها[6] وألا[7] تباع إلا بالدينار والدرهم إلا العرايا[8] .

---

(١) جاء في الموطأ (حمد) بدل (أحمد) ، وهو مخالف لما في سائر كتب الحديث .

(٢) الأولى الثمر بالثاء المثلثة ، والثانية التمر بالتاء المثناة .

(٣) رواه مالك ، والبخاري ، ومسلم ، وفيه : « والمحاقلة كراء الأرض . الموطأ ٤ : ٢٤٦ وصحيح البخاري : ٣ : ٧٥ ولم يذكر البخاري تفسير المحاقلة ، وصحيح مسلم ١٠ : ٢٠١

(٤) رواه مسلم والترمذي وقال : حديث حسن صحيح . صحيح مسلم ١٠ : ٢٠١ والجامع الصحيح ٣ : ٥٢٧

(٥) هكذا في البخاري وفي مسلم « قال نهى » . .

(٦) في مسلم « صلاحه » .

(٧) في مسلم : ولا يباع .

(٨) رواه البخاري ومسلم ، واللفظ للبخاري ، وفي رواية لمسلم : « وعن بيع الثمرة حتى تطعم » وفي أخرى : « وأن تشترى النخل حتى تشقه . . » وفي ثالثة : « حتى تشقح » ، وفي رابعة : « حتى يطيب » . وفي بعض روايات مسلم : قال عطاء فسر لنا جابر قال : أما المخابرة ، فالأرض البيضاء يدفعها الرجل إلى الرجل ، فينفق فيها ثم يأخذ من الثمر .

وزعم أن المزابنة بيع الرطب في النخل بالتمر كيلا ، والمحاقلة في الزرع على نحو ذلك يبيع الزرع القائم بالحب كيلا . صحيح البخاري ٣ : ١١٥ ، وصحيح مسلم بشرح النووي ١٠ : ١٩٣ ـ ١٩٦ . وتشقه وتشقح بضم التاء وإسكان الشين معناهما واحد أي تتغير إلى الحمرة أو الصفرة .

٤ — عن جابر ، أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة ، وأن تشترى النخل حتى تشقه، والإشقاه أن يحمر أو يصفر أو يؤكل منه شيء .

والمحاقلة أن يباع الحقل بكيل من الطعام معلوم .

والمزابنة أن يباع النخل بأوساق من التمر .

والمخابرة الثلث والربع وأشباه ذلك .

قال زيد : قلت لعطاء بن أبي رباح : سمعت جابر بن عبد الله يذكر هذا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال : نعم[1] .

٥ — عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المحاقلة ، والمزابنة ، والمخابرة ، والثنيا إلا أن تعلم[2] .

٦ — سعيد بن ميناء عن جابر بن عبد الله قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة ، والمحاقلة ، والمخابرة ، وعن بيع الثمرة حتى تشقح قال : قلت لسعيد ما تشقح ؟ قال : تحمار وتصفار ويؤكل منها[3] .

٧ — عن جابر قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة ، والمزابنة والمعاومة والمخابرة . قال أحدهما : بيع السنين هى المعاومة[4] .

---

(١) رواه البخاري ومسلم ، واللفظ لمسلم . منتقى الأخبار ٥ : ٢٧٨ : وصحيح مسلم ١٠ : ١٩٤

(٢) رواه النسائي والترمذي ، وقال الترمذي حديث حسن صحيح ، غريب من هذا الوجه ، — يونس بن عبيد عن عطاء عن جابر — منتقى الأخبار ٥ : ٢٤٨ والجامع الصحيح ٣ : ٥٨٥

(٣) رواه مسلم . صحيح مسلم ١٠ : ١٩٥

(٤) هذه العبارة لمسلم ويريد بأحدهما عبيد الله بن عمر القواريري، ومحمد بن عبيد الغبري وهما اللذان روى عنهما الحديث .

وعن الثنيا ورخص فى العرايا[١] .

٨ - عن جابر بن عبد الله أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن المزابنة والحقول ، فقال جابر بن عبد الله : المزابنة الثمر بالتمر[٢] ، والحقول كراء الأرض[٣] .

٩ - عن رافع بن خديج وسهل بن أبى حثمة أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة ؛ بيع الثمر بالتمر ، إلا أصحاب العرايا فإنه أذن لهم[٤] .

١٠ - مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمحاقلة .

والمزابنة اشتراء الثمر بالتمر .

والمحاقلة شراء الزرع بالحنطة ، واستكراء الأرض بالحنطة .

قال ابن شهاب : فسألت سعيد بن المسيب عن استكراء الأرض بالذهب

---

(١) رواه مسلم ،والترمذى ،غير أنه لم يذكر « بيع السنين هى المعاومة » ولا « وعن الثنيا » ، وقال هذا حديث حسن صحيح . صحيح مسلم ١٠ : ١٩٥ ، والجامع الصحيح ٣ : ٦٠٥

(٢) الثمر : المراد به ثمر النخل وليس المراد كل الثمار ، فإن سائر الثمار يجوز بيعها بالتمر - النووى على مسلم ١٠ : ١٨٣

(٣) رواه مسلم . صحيح مسلم ١٠ : ٢٠١

(٤) رواه أحمد والبخارى ومسلم والترمذى ، وزاد فيه «وعن بيع العنب بالزبيب وعن كل ثمر بخرصه» وقال : هذا حديث حسن صحيح ، غريب من هذا الوجه . منتقى الأخبار ٥: ٣٠٩ وصحيح البخارى ٣ : ١١٥ وفيه « نهى عن المزابنة » . وصحيح مسلم ١٠ : ١٨٧ ، والجامع الصحيح ٣ : ٥٩٦

والورق فقال : لا بأس بذلك[1] .

١١ ـ عن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما قال : نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة[2] .

١٢ ـ عن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة قال[3] : والمزابنة أن يبيع الثمر بكيل إن زاد فلى وإن نقص فعلى[4] .

١٣ ـ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة . والمزابنة بيع الثمر بالتمر كيلا ، وبيع الكرم[5] بالزبيب كيلا[6] .

١٤ ـ عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: لا يبيع بعضكم على بيع بعض ونهى عن النجش ، ونهى عن بيع حبل الحبلة ، ونهى عن

---

(١) رواه مالك واللفظ له ، ورواه مسلم ولم يذكر فيه: قال ابن شهاب. الموطأ ٤: ٢٤٦ وصحيح مسلم ١٠ : ١٨٣

(٢) رواه البخارى . صحيح البخارى ٣ : ٧٥

(٣) القائل : ابن عمر كما فى عمدة القارى ١١ : ٢٩١ .
وفى الأم : أخبرنا الربيع قال: أخبرنا الشافعى قال: أخبرنا سفيان عن عمرو بن دينار عن إسماعيل الشيبانى أوغيره قال : بعت مافى رءوس نخلى بمائة وسق ، إن زاد فلهم وإن نقص فعليهم فسألت ابن عمر، فقال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن هذا ، إلا أنه رخص فى بيع العرايا. الأم ٣ : ٤٦

(٤) رواه البخارى ومسلم وفيه: والمزابنة أن يباع مافى رءوس النخل بتمر بكيل مسمى. صحيح البخارى ٣ : ٧٤ وصحيح مسلم ١٠ : ١٨٩

(٥) المراد بالكرم العنب وسمى العنب كرما وإن كان الكرم شجر العنب على سبيل المجاز. قال العينى : قال أبو عمر : لاخلاف بين العلماء أن تفسير المزابنة فى هذا الحديث من قول ابن عمر أو مرفوعه ، عمدة القارى ١١ : ٢٩٠ وقال الباجى : الأظهر أنه من قول النبى صلى الله عليه وسلم لاتصاله بقوله ، المنتقى ٤ : ٢٤٤

(٦) رواه مالك واللفظ له ، والبخارى ، ومسلم . الموطأ ٤ : ٢٤٦ وصحيح البخارى ٤ : ٧٣ وفيه : وبيع الزبيب بالكرم كيلا ، وانظر ص ٧٥ منه وصحيح مسلم ١٠ : ١٨٧

المزابنة ، والمزابنة بيع الثمر بالتمر كيلا وبيع الكرم بالزبيب كيلا[1] .

١٥ ـ عن ابن عمر قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة ، أن يبيع الرجل ثمر حائطه[2] إن كان نخلا بتمر كيلا ، وإن كان كرما أن يبيعه بزبيب كيلا ، وإن كان زرعا أن يبيعه بكيل طعام[3] نهى عن ذلك كله[4] .

١٦ ـ عن عبد الله بن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة : بيع ثمر النخل بالتمر كيلا ، وبيع العنب بالزبيب كيلا ، وبيع الزرع بالحنطة كيلا[5] .

تفسير المزابنة كما يؤخذ من الأحاديث المتقدمة :

١ ـ المزابنة هي : اشتراء الثمر بالتمر في رءوس النخل .

ورد هذا التفسير في حديث أبي سعيد الخدري عند مالك والبخاري[6] وبمثله فسرها الترمذي[7] .

٢ ـ المزابنة : بيع الرطب في النخل بالتمر كيلا .

---

(١) رواه أحمد . مسند الإمام أحمد ٢ : ١٠٨ روى هذا الحديث أحمد عن الشافعي عن مالك عن نافع عن ابن عمر .

(٢) الحائط : هو البستان من النخل إذا كان عليه حائط .

(٣) الطعام في عرف المتقدمين هو الحنطة : عمدة القارى ١٢ / ١٣ وابن عابدين ٤ : ٣٦ ، وفي المصباح: الطعام عند أهل الحجاز: البر خاصة ، وفي العرف اسم لما يؤكل ، كما أن الشراب اسم لما يشرب .

(٤) متفق عليه ، ولمسلم في رواية : وعن كل ثمر بخرصه . منتقى الأخبار ٥ : ٢٠٨ والبخاري ٣ : ٧٨ ومسلم ١٠ : ١٨٨ و ١٨٩

(٥) رواه مسلم . صحيح مسلم ١٠ : ١٨٨

(٦) الحديث رقم ١ .

(٧) الجامع الصحيح ٣ : ٥٢٧

هذا تفسير جابر كما رواه مسلم[١] وفيه زيادة « كيلا » على التفسير الأول.

٣ ـ المزابنة : أن يباع النخل بأوساق من التمر.

ورد هذا التفسير فى حديث جابر عند مسلم[٢]، وهو مثل التفسير الثانى، فإن المراد بالنخل : ثمر النخل ، و« بأوساق » ، و« كيلا » مؤداهما واحد.

٤ ـ المزابنة : بيع الثمر بالتمر.

ورد هذا التفسير فى حديث رافع بن خديج[٣] ، وفى حديث سعيد بن المسيب[٤] ، وقد ورد مثله عن جابر[٥] ، وورد أيضا فى حديث سهل بن أبى حثمة[٦] ، وهو يختلف عن التفاسير السابقة فى أنه لم يذكر على رءوس النخل ولا الكيل ، فهو يصدق على بيع الثمر على رءوس النخل وعلى بيعه مقطوعا، كما يصدق على بيعه بالتمر كيلا وغير كيل.

٥ ـ المزابنة : أن يبيع الثمر بكيل ، إن زاد فلى وإن نقص فعلى.

ورد هذا التفسير فى حديث ابن عمر على رواية البخارى[٧].

ومعناه أن يبيع الشخص الثمر الذى على نخله بكيل مسمى من التمر ، كما صرح بذلك مسلم ، ويشترط على المشترى أن الثمر المخروص إن زاد على الكيل فهو له ، أى للبائع، وإن نقص فعليه إكمال الناقص ، فهو كالتفسير الثانى

---

(١) الحديث رقم : ٣ وانظر الحديث رقم ٨

(٢) انظر الحديث رقم ٤

(٣) الحديث رقم ٩

(٤) الحديث رقم ١٠

(٥) الحديث رقم ٨

(٦) الحديث رقم ٥ العرايا.

(٧) الحديث رقم ١٢

والثالث ، غير أن فيه زيادة الشرط ، وهذا الشرط يخفف من الغرر ، ومع هذا اعتبر البيع من المزابنة[1] .

٦ ـ المزابنة : بيع الثمر بالتمر كيلا ، وبيع الكرم بالزبيب كيلا .

هذا التفسير ورد فى حديث ابن عمر عند مالك والبخارى ومسلم ، وفى حديثه عند أحمد[2] ، وفيه زيادة على التفاسير السابقة أنه جعل من المزابنة بيع الكرم بالزبيب ، وقد قصرتها التفاسير السابقة على النخل .

٧ ـ المزابنة : أن يبيع الرجل ثمر حائطه إن كان نخلا بتمر كيلا ، وإن كان كرما أن يبيعه بزبيب كيلا ، وإن كان زرعا أن يبيعه بكيل طعام .

ورد هذا التفسير فى حديث ابن عمر عند أحمد والبخارى ومسلم وفى حديثه عند مسلم[3] ، وهو يجعل المزابنة عامة فى النخل والكرم والزرع ، وبعض التفاسير السابقة قصرها على النخل ، وبعضها قصرها على النخل والكرم .

هذه هى التفاسير الواردة فى الأحاديث ، بعضها صرح فيه الراوى أن التفسير من قول الصحابى ، وبعضها لم يصرح فيه ، وهذا يحتمل أن يكون من الرسول صلى الله عليه وسلم ، ويحتمل أن يكون من الراوى

والقدر المشترك بين هذه التفاسير هو : المزابنة بيع الثمر على النخل بالتمر كيلا . وأعم هذه التفاسير التفسير القائل : المزابنة بيع الثمر بالتمر والكرم بالزبيب والزرع بالطعام كيلا .

---

(١) فهم بعض شراح الحديث أن هذه الصورة من المزابنة من صور القمار ، وذلك لأنهم تأولوا هذا التفسير بما إذا قال شخص لآخر : أضمن لك صبرتك هذه بعشرين صاعا مثلا ، فما زاد فلى وما نقص فعلى ، وليس الأمر كما تأولوا . انظر نيل الأوطار ٥ : ٢٠٨

(٢) الحديث رقم ١٣ ، ١٤

(٣) الحديث رقم ١٥ و ١٦

وينبغى الأخذ بجميع هذه التفاسير الواردة فى الأحاديث الصحيحة ؛ لأنها إن كانت من الرسول فلا معدل عنها، وإن كانت من الصحابى فهو أعلم بما رواه.

ما يستفاد من الاحاديث :

الحكم الذى يستفاد من هذه الأحاديث ، أن بيع الثمر على رءوس النخل بالتمر كيلا لا يجوز ، سواء أشرط البائع أن تكون له الزيادة وعليه النقص ، أم شرط أن تكون الزيادة للمشترى والنقص عليه، أم لم يشترط شيئا، وكذلك بيع الكرم بالزبيب . وبيع الزرع بالطعام ، عملا بجميع الأحاديث، وحملا للمطلق على المقيد .

وإذا لم يجز البيع بالتمر كيلا فمن باب أولى لا يجوز به جزافاً .

أما بيع الرطب مقطوعا بالتمر فليس من المزابنة ، لأنه لم يرد فى تفسير المزابنة ، وقد جاء الحكم بمنعه فى حديث خاص نورده فيما يلى :

شراء التمر بالرطب

عن سعد بن أبى وقاص قال : سمعت النبى صلى الله عليه وسلم يسأل عن اشتراء التمر بالرطب فقال لمن حوله : أينقص الرطب إذا يبس ؟ قالوا : نعم . فنهى عن ذلك[1]

---

(١) رواه الخمسة ، وأخرجه أيضا ابن خزيمة وابن حبان والحاكم ، والدارقطنى والبيهقى. منتقى الأخبار ٥ : ٣٠٨ وسنن النسائى ٧ ط ٢٦٨ ، الحديث صححه الترمذى ، وابن خزيمة وابن حبان ، وابن المدينى، والحاكم وقال : لا أعلم أحداً طعن فيه .
وقد أعله جماعة منهم الطحاوى والطبرى، وابن حزم، وعبد الحق، بأن فى إسناده زيداً أبا عياش. وهو مجهول . ولكن قال فى التلخيص : يجاب عن هذا بأن الدارقطنى قال عن زيد هذا : إنه ثقة ثبت ، وقال المنذرى : قد روى عنه ثقات . واعتمده مالك مع شدة نقده . نيل الأوطار ٥ : ٣٠٨ والمغنى ٤ : ١٣ . والمحلى ٨ : ٤٦٢ . وفيه زيد بن أبى عياش وفى ص ٤٦٦ منه : زيد أبو عياش كما فى نيل الأوطار .

المزابنة عند الفقهاء

اختلف الفقهاء فى تفسير المزابنة : فوقف بعضهم عند التفاسير الواردة فى الأحاديث ، وتوسع بعضهم فأدخل فيها ما لم يرد فى الأحاديث ، فممن وقف عند التفاسير الواردة الحنفية ، فقد عرفوها بأنها: بيع الرطب على النخل بتمر مقطوع مثل كيله ، ومثله العنب على الكرم بالزبيب[1] .

ومنهم الشيعة الزيدية : جاء فى البحر الزخار :

المزابنة بيع الرطب قبل جذه بخرصه تمرا[2] .

وممن توسع فى تفسير المزابنة المالكية ، فقد فسرها مالك بعبارة طويلة تفسيرا يخرجها من البيع ، ويجعلها ضربا من ضروب القمار ، فقال ماخلاصته:

المزابنة هى كل شىء من الجزاف الذى لا يعلم كيله ولا وزنه ولا عدده ابتيع بشىء مسمى من الكيل ، أو الوزن ، أو العدد ، وصورة ذلك : أن تكون لرجل صبرة من التمر مثلا لا يعلم كيلها ، فيقول له آخر : اشتريتها منك بمائة كيلة ، ثم تكال الصبرة ، فإن زادت على المائة أخذ المشترى الزائد ، وإن نقصت أكملها مائة ، فهذا فى الواقع ليس بيعا ، ولكنه القمار ؛ لأن المشترى لم يشتر شيئا بشىء أخرجه ، ولكنه ضمن للبائع ما سمى من الكيل ، على أن له ما زاد ، وعليه ما نقص[3] .

---

(١) ابن عابدين ٤ : ١٥١ وفتح القدير ٥ : ١٩٥ المطبعة الأميرية. يلاحظ أن الحنفية لم يذكروا بيع الزرع بالطعام.

(٢) البحر الزخار ٣ : ٢٩٤ يلاحظ أنهم اقتصروا على النخل فقط .

(٣) الموطأ بهامش المنتقى ٤ : ٢٤٦ — ٢٤٧

وقال الباجى : المزابنة اسم لبيع الثمر بالتمر والزبيب بالكرم ، ورطب كل جنس بيابسه ، ومجهول منه بمعلوم[١].

وعرفها ابن رشد بأنها : بيع مجهول الكمية بمجهول الكمية[٢].

وعرفها ابن جزى بأنها : بيع شىء رطب بيابس من جنسه ، فيدخل فيها بيع التمر بالرطب ، والزبيب بالعنب ، والقمح بالعجين ، والقمح المبلول باليابس ، والقديد باللحم ، واللبن بالجبن[٣].

هذا وقد أجمع الفقهاء على تحريم بيع الثمر على النخل بالتمر فى غير العرايا ، وأجمعوا أيضا على تحريم بيع العنب فى الكرم بالزبيب ، وبيع الزرع قبل أن يقطع بالطعام ، وهذا هو القدر الوارد فى الأحاديث المتفق على صحتها ، واختلفوا فيما عداه ، فما اختلفوا فيه بيع الرطب من هذه الأشياء مقطوعا باليابس منها ، فمنعه الجمهور ، سواء أكان متفاضلا أم متماثلا .

وقال أبو حنيفة : يجوز بيعه بمثله من اليابس ، وخالف الصاحبان أبا حنيفة فهما مع الجمهور ؛ لأن الرطب وإن عرف كيله فى نفسه فلا يعلم قدره من التمر الذى يؤخذ عوضا عنه[٤].

علة المنع :

وعلة المنع فى الربويات التفاضل والغرر ، وفى غير الربويات الغرر الناشىء عن عدم التحقق من قدر المبيع[٥].

---

(١) المنتقى ٤ : ٢٤٣

(٢) بداية المجتهد ٢ : ١٥٩

(٣) القوانين الفقهية ٢٤٧

(٤) النووى على مسلم ١٠ : ١٨٨ ، والمغنى ٤ : ١٣ ، والام ٣ : ٢١ ، والمنتقى على الموطأ ٤ : ٢٤٣ ، وعمدة القارى ١١ : ٢٩٠ و ٢٩٨ و ١٢ : ١٣ ، قال ابن المنذر : وأظن أن أبا ثور وافق أبا حنيفة ، والمحلى ٨ : ٤٥٩ ، وابن عابدين ٤ : ١٥١ و ٢٥٥

(٥) بداية المجتهد ٢ : ١٥٩ ، والقوانين الفقهية ٢٤٧ ، ونيل الأوطار ٥ : ٢٨٠ ، وابن عابدين ٤ : ١٥١

٢ — العرايا [1]

النصوص :

وردت أحاديث متعددة فى بيع العرايا ذكرنا بعضها فى المزابنة [2] وإليك سائرها :

١ — عن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم رخص فى بيع العرايا فى خمسة أوسق [3] أو دون خمسة أوسق [4] .

٢ — عن جابر رضى الله عنه قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر حتى يطيب ، ولا يباع شىء منه إلا بالدينار والدرهم إلا العرايا [5]

٣ — عن زيد بن ثابت أن النبى صلى الله عليه وسلم رخص فى العرايا بخرصها [6] .

٤ — عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر عن زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها [7] .

---

(١) العرايا جمع ، واحدتها عرية بتشديد الياء ، كمطية ومطايا

(٢) انظر الحديث رقم ٣ ، ٧ ، ٩ فى ص ٢٠٧ و٢٠٩

(٣) أوسق جمع وسق بفتح الواو وكسرها والفتح أفصح ، وقدره ستون صاعا ، النووى على مسلم ١٠ : ١٨٨ .

(٤) رواه البخارى ، ومسلم ، والترمذى وقال حديث حسن صحيح البخارى ٣ : ٧٦ ، وفى ص ١١٥ بلفظ « رخص النبى صلى الله عليه وسلم فى بيع العرايا بخرصها من التمر فيما دون خمسة أوسق ، أو فى خمسة أوسق ، شك داود فى ذلك » ، ومثله ما فى صحيح مسلم ١٠ : ١٨٧ ، «...وداود هذا هو داود بن الحصين الذى روى الحديث عن سفيان عن أبى هريرة » والجامع الصحيح ٣ : ٥٩٥ .

(٥) رواه البخارى . صحيح البخارى ٣ : ٧٦

(٦) رواه البخارى ، ومسلم ، والترمذى ، وقال : هذا حديث حسن صحيح . صحيح البخارى ٣ : ٧٤ وصحيح مسلم ١٠ : ١٨٥ ، والجامع الصحيح ٣ : ٥٩٥ . وخرصها بفتح الخاء وكسرها ، والفتح أشهر ، ومعناه بقدر ما فيها إذا صار تمرا ، النووى على مسلم ١٠ : ١٨٤ ، ونقل عن أحمد أنه قال : بخرصها رطبا ويعطى تمرا رخصة .

(٧) رواه مالك ، والبخارى ومسلم وفى رواية لمسلم : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص فى العرية يأخذها أهل البيت بخرصها تمرا ، يأكلونها رطبا . وفى رواية : قال يحيى : العرية أن يشترى الرجل ثمر النخلات لطعام أهله رطبا بخرصها تمرا . الموطأ بهامش المنتقى ٤ : ٢٢٤ وصحيح البخارى ٣ : ٧٥ و٧٦ و١١٥ وصحيح مسلم ١٠ : ١٨٤ ويحيى هو يحيى بن سعيد أحد رواة الحديث .

٥ — عن سهل بن أبي حثمة قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر بالتمر ، ورخص فى العرايا أن يشترى بخرصها ، يأكلها أهلها رطبا[(١)]

٦ — سالم بن عبد الله عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لاتبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحه ، ولا تبيعوا الثمر بالتمر ، قال سالم : وأخبرنى عبد الله عن زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : رخص بعد ذلك فى بيع العرية بالرطب[(٢)] أو بالتمر ولم يرخص فى غيره[(٣)] .

قال الطحاوى : جاءت هذه الآثار وتواترت فى الرخصة فى بيع العرايا فقبلها أهل العلم جميعاً ، ولم يختلفوا فى صحة مجيئها ، ولكنهم تنازعوا فى تأويلها[(٤)] .

تفسير العرية :

العرية فى اللغة مشتقة من التعرى ، وهو التجرد ؛ لأنها عريت عن حكم باقى البستان ، وهى فعيلة بمعنى فاعلة ، وقيل : هى فعيلة بمعنى مفعولة من عراه يعروه إذا أتاه وتردد إليه لأن صاحبها يتردد إليها .

---

(١) متفق عليه وفى لفظ متفق عليه أيضا : نهى عن بيع الثمر بالتمر ، وقال : ذلك الربا ، تلك المزابنة ، إلا أنه رخص فى بيع العرية ، النخلة والنخلتين يأخذها أهل البيت بخرصها تمرا ، يأكلونها رطبا . وفى بعض روايات مسلم « الزبن » بدل « الربا » منتقى الأخبار ٥ : ٣٠٩ والبخارى ٣ : ٧٦ ومسلم ١٠ : ١٨٥ و ١٧٦ . والزبن بفتح الزاى وإسكان الموحدة ، وأصل الزبن الدفع .

(٢) « أو » يحتمل أن تكون للشك فيكون الترخيص فى البيع بأحد النوعين : الرطب والتمر ، ويحتمل أن تكون للتخيير ، فيكون الترخيص فى البيع بكل منهما ، ويؤيد الاحتمال الثانى رواية : وبالتمر ، بالواو عند النسائى والطبرانى والبيهقى ، عمدة القارى ١١ : ٣٠٠ ، والنووى على مسلم ١٠ : ١٨٩ .

(٣) رواه البخارى ، ومسلم واللفظ للبخارى صحيح البخارى ٣ : ٧٥ ومسلم ١٠ : ١٨٣ .

(٤) فتح القدير ٥ : ١٩٦ ط الأميرية

وقيل : سميت بذلك : لتخلي صاحبها الأول عنها من بين سائر نخله قال أبو عبيد : الإعراء أن يجعل الرجل للرجل ثمرة نخله عامها ذلك : قال الشاعر الأنصاري يصف النخل :

ليست بسنهاء ولا رجبية ولكن عرايا فى السنين الجوائح[1]

وقد كانت العرب فى الجدب تتطوع بذلك على من لا ثمر له ، كما يتطوع صاحب الشاة أو الإبل بالمنيحة[2] . فالعرية فى اللغة هى النخلة الموهوب ثمرها .

تفسير العرية عند المحدثين :

١ — العرية أن يشترى الرجل ثمر النخلات لطعام أهله رطبا بخرصها تمرا . هذا تفسير يحيي بن سعيد كما ذكره مسلم وابن حزم[3] ، وهو مخالف للتفسير اللغوى ، ولما يفهم من الأحاديث من أن العرية اسم للنخلة .

وذكر ابن حزم ليحيي تفسيرا آخر هو :

٢ — العرية النخلة والنخلتان والنخلات تجعل للقوم فيبيعون ثمرها بخرصها تمرا ، وقال : إنه تفسير زيد بن ثابت ، ومحمد بن إسحق أيضاً[4] .

٣ — العرية النخلة والنخلتان يأخذها أهل البيت بخرصها تمرا يأكلونها رطبا . ورد هذا التفسير فى حديث سهل بن أبى حثمة[5] وهو يحتمل أن يكون من الرسول ويحتمل أن يكون من سهل .

---

(١) يمدح الشاعر نفسه بالجود ويقول : إن نخلته ليست بسنهاء أى لايعامل عليها سنين ولا رجبية أى لايبنى بالحجارة حول أصلها ، ولكن عرايا إلخ : أى : إذا نزلت الجوائح بالناس واشتد الزمان وقلت الثمار جعل ثمرها هبة للمحتاجين .

(٢) النووى على مسلم ١٠ : ١٨٨ ، والمنتقى ٤ : ٢٢٦ والمغنى ٤ : ٥٩ والقاموس المحيط ، وفيه والعرية النخلة المعراة ، والتى أكل ما عليها ، وما عزل من المساومة عند بيع النخل . والمنيحة عطية اللبن دون الرقبه نيل الأوطار ٥ : ٢١٠

(٣) الحديث رقم ٤ والمحلى ٨ : ٤٦٣

(٤) المحلى ٨ : ٤٦٢

(٥) الحديث رقم ٥ وانظر مسند الإمام أحمد ٥ : ٣٦٤ — ٣٦٥

٤ — العرايا أن يعرى الرجل فى ماله النخلة والنخلتين . هذا تفسير ابن إسحق[1] فى حديثه عن نافع عن ابن عمر كما ذكره البخارى[2].

وذكره أبو داود بأوسع من هذا فقال : قال ابن إسحق :

٥ — العرايا أن يهب الرجل للرجل النخلات فيشق عليه أن يقوم عليها فيبيعها بمثل خرصها[3] . وهذا قريب من تفسيره الذى ذكره ابن حزم[4] غير أن فى هذا زيادة « فيشق عليه أن يقوم عليها» .

٦ — العرايا نخل كانت توهب للمساكين فلا يستطيعون أن ينتظروا بها ، رخص لهم أن يبيعوها بما شاءوا من التمر . هذا تفسير سفيان بن حسين[5] وسفيان بن عيينة ، والأوزاعى ، وأحمد بن حنبل[6] .

٧ — العرايا نخلات معلومات تأتيها فتشتريها[7] . هذا تفسير موسى بن عقبة[8]

---

(١) هو محمد بن إسحق بن يسار صاحب المغازى .

(٢) صحيح البخارى ٣ : ٧٦ . ذكر البخارى هذا التفسير بلفظ : قال ابن اسحق : « كانت العرايا » ونسب ابن حزم هذا التفسير إلى ابن عمر وقال : « لا بيان فيه » المحلى ٨ : ٤٦٢ قلت : فيه بيان حقيقة العرايا وإن لم يكن فيه بيان حكمها .

(٣) سنن أبى داود ٣ : ٣٤٣

(٤) التفسير رقم ٢

(٥) صحيح البخاوى ٣ : ٧٦ ومسند الإمام أحمد ٥ : ١٩٢

قال العينى : والجمهور على أن الأمر بعكس ما قال سفيان فقد قالوا : كان سبب الرخصة إن المساكين الذين ما كان لهم نخلات ولا نقود يشترون بها الرطب ، وقد فضل من قوتهم التمر كانوا يشتهون الرطب فرخص لهم فى شراء الرطب بالتمر . عمدة القارى ١١ : ٣٠٦

(٦) المحلى ٨ : ٤٦٢ وفيه « فيصعب عليهم القيام عليها » بدل « فلا يستطيعون ... »

(٧) أورد البخارى هذه الجملة على أنها تفسير للعرايا ، وهى كما قال الكرمانى : لا تصلح تفسيرا لأنها صادقة على كل ما يبــاع فى الدنيا من النخلات بأى غرض كان . عمدة القارى ١١ : ٣٠٧ ، وقال ابن حزم : لابيان فيه

(٨) صحيح البخارى ٣ : ٧٦ والمحلى ٨ : ٤٦٢

٨ — العرية : الرجل يعري الرجل النخلة ، أو الرجل يستثنى من ماله النخلة أو الاثنتين يأكلها فيبيعها بتمر . هذا تفسير عبدربه بن سعيد الأنصارى[1] . ويفهم منه أن العرية عنده هى النخلة المعراة أو النخلة المستثناة للأكل .

هذا والذى يؤخذ من الأحاديث ، أن العرية هى النخلة ولكن ليس فى الأحاديث وصف النخلة ، فينبغى حملها على المعنى اللغوى ، وهو « النخلة الموهوب ثمرها » كما قلنا . وهذا متفق مع أكثر التفاسير التي ذكرناها .

الحكم الذى يستفاد من الأحاديث :

يستفاد من هذه الأحاديث إباحة بيع العرايا وأنه رخصة مستثنى من تحريم بيع المزابنة ، والربا . كما يستفاد منها أن بيع العرايا لا يجوز فى أكثر من خمسة أوسق ؛ حملا للأحاديث المطلقة على الحديث المقيد ، وهو حديث أبي هريرة ، فقد ورد فيه أن الرخصة فى خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق فأخذنا بالأكثر ، لأن فى الأخذ به تمشياً مع مبنى الرخصة وهو التيسير .

ويستفاد منها أيضا أنه لابد من خرص الثمر على رءوس النخل ، وأن يكون البيع بمثله كيلا ، سواء كان هذا المثل تمرا أو رطبا ، أخذا بحديث زيد ابن ثابت ، ولأنه إذا جاز البيع بالتمر جاز بالرطب من باب أولى ؛ لأن البيع بالرطب أخف غررا من البيع بالتمر .

ولايجوز أن تباع بالتمر أو الرطب جزافا ؛ لأن هذا يترتب عليه ترك الكيل فى العوضين فيكثر الغرر ، وقد كان الأصل أن يكون الكيل من

---

(١) سنن أبى داود ٣ : ٣٤٣ تحقيق محمد محيى الدين ، والمحلى ٨ : ٤٦٢ وفيه « النخلتين » بدل « الاثنتين » و« فيبيعهما بمثل خرصهما تمرا» بدل « فيبيعها بتمر » .

الطرفين، ولكن ترك فى أحدهما لتعذره، فيبقى فى الآخر على الأصل .

كما يستفاد منها أن صاحب العرية ـ الموهوب له ـ له أن يبيعها لمن يشاء، لمن يأكلها رطبًا ولغيره، عملا بجميع الأحاديث، وذلك لأن بعض الأحاديث جاء فيها « يأخذها أهل البيت بخرصها تمرًا يأكلونها رطبا » وبعضها لم ترد فيه، وبعضها جاءت فيه الرخصة فى بيع العرية بالرطب، ومن عنده الرطب لا يحتاج إلى شراء الرطب لأكله .

ثم إن فى هذا مصلحة لصاحب العرية، وهو من المساكين غالبا، والظاهر أن الرخصة جاءت من أجله .

والخلاصة أن بيع العرية المرخص فيه هو : أن يبيع صاحب العرية، أى الموهوب له، ثمر عريته وهو على نخلته بخرصه تمرا أو رطبا، على ألا يزيد على خمسة أوسق، يبيعه لمن يشاء، لمن يأكله رطبا ولغيره .

العرية عند فقهاء المذاهب وتفسيرها :

اختلف الفقهاء فى تفسير العرايا المرخص فيها : فقال أبو حنيفة : العرية عندنا أن يعرى الرجل الرجل ثمر نخلة من نخله، فلم يسلم ذلك إليه، ثم يبدو له ألا يمكنه من ذلك، فيعطيه مكانه خرصه تمرا، فيخرج بذلك عن إخلاف الوعد .

فالعرية عند الحنفية عطية وهبة، وليست بيعا، وإنما سميت بيعا لتصورها بصورة البيع لا أنها بيع حقيقة [1] وبيع العرية عندهم ليس مستثنى من بيع الثمر

(١) ويحتجون لرأيهم بأن زيد بن ثابت أخبر أنها هبة، فقد قال : « رخص فى العرايا فى النخلة والنخلتين توهبان للرجل فيبيعهما بخرصهما تمراً . رواه الطحاوى والطبرانى فى الكبير . وهذا استدلال غريب فإن كونها هبة فى الأصل لا يمنع من أن يبيعها الموهوب له، فتصير بيعاً، وقد صرح حديثهم الذى استدلوا به بهذا، كما يحتجون بأن الموهوب لم يصر ملكا للموهوب له لأنه متصل بملك الواهب فما يعطيه الواهب من التمر لا يكون عوضا، بل هبة مبتدأة، وهذا إنما يتأتى على تفسيرهم للعرية وتكييفهم للهبة .

بالتمر وإنما هما حكمان مختلفان ، ومعنى كونه رخصة أن الرجل إذا أعرى الرجل شيئا من ثمره فقد وعد أن يسلمه إليه ليملكه المسلم إليه بقبضه إياه ، وعلى الرجل أن يفي بوعده ديانة ، وإن كان لا يؤخذ به قضاء ، فرخص للمعرى أن يحبس ما أعرى بأن يعطى المعرى خرصه تمرا بدلا منه من غير أن يكون آثما ولا مخلفا لوعده ، فهذا موضع الرخصة عندهم [١] .

وقال مالك كما رواه البخاري : العرية أن يعرى الرجل الرجل النخلة ثم يتأذى بدخوله عليه ، فرخص له أن يشتريها منه بتمر [٢] .

وروى الطحاوى من طريق ابن نافع عن مالك : أن العرية النخلة للرجل في حائط غيره ، وكانت العادة أنهم يخرجون بأهلهم في وقت الثمار إلى البساتين ، فيكره صاحب النخل الكثير دخول الآخر عليه فيقول : أنا أعطيك بخرص نخلتك تمراً فرخص له في ذلك [٣] وهو لا يختلف في جوهره عما في البخاري .

وقال ابن القاسم قال مالك : العرايا في النخل وفي جميع الثمار كلها مما ييبس ويدخر مثل العنب والتين والجوز واللوز ... يهب ثمرتها صاحبها لرجل ، ثم يبدو لصاحبها الذى أعراها أن يبتاعها من الذى أعريها والثمر في رءوس النخل . . [٤]

وهذا يختلف عن تعريفيه السابقين في أنه جعل العرية شاملة لكل ما ييبس ويدخر ثمره نخلا وغيره .

---

(١) عمدة القارى ١١ : ٢٩٢ و ٢٩٩ و ٣٠٢ ، وفتح القدير ٥ : ١٩٥ — ١٩٦ ط الأميرية .

(٢) صحيح البخارى ٣ : ٧٦ .

(٣) عمدة القارى ١١ : ٣٠٥ وقريب منه مافى المحلى ٨ : ٤٦٢ .

(٤) المدونة ١٠ : ٩٠ ، وانظر الدسوقى على الشرح الكبير ٣ : ١٧٨ .

وقال الشافعي : العرية التي رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم في بيعها أن قوما شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الرطب يحضر وليس عندهم ما يشترون به من ذهب ولا ورق ، وعندهم فضول تمر من قوت سنتهم فرخص لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يشتروا العرية بخرصها تمرا يأكلونها رطبا [١] .

وقال النووي : العرايا هي: أن يخرص الخارص نخلات فيقول : هذا الرطب الذي عليها إذا يبس يجيء منه ثلاثة أوسق من التمر مثلا فيبيعه صاحبه لإنسان بثلاثة أوسق ويتقابضان في المجلس ، فيسلم المشترى التمر ويسلم بائع الرطب الرطب بالتخلية [٢] .

وقال الخرقي : العرايا هي أن يوهب للإنسان من النخل ماليس فيه خمسة أوسق ، فيبيعها بخرصها . من التمر لمن يأكلها رطبا [٣] .

وقال ابن حزم: العرايا أن يأتي أوان الرطب ويكون قوم يريدون ابتياع الرطب للأكل ، فأبيح لهم أن يبتاعوا رطبا في رءوس النخل بخرصها تمرا فيما دون خمسه أوسق . . . [٤]

---

(١) الأم ٣ : ٤٩ والمحلى ٨ : ٤٦٢ قال الشافعي : والعرايا ثلاثة أصناف : هذا الذي وصفنا أحدها ، والصنف الثاني : أن يخص رب الحائط القوم فيعطى الرجل ثمر النخلة وثمر النخلتين وأكثر عرية يأكلها ، وهذه في معنى المنحة من الغنم ، يمنح الرجل الرجل الشاة أو الشاتين أو أكثر ليشرب لبنها وينتفع به ، والصنف الثالث من العرايا أن يعرى الرجل الرجل النخلة أو أكثر من حائطه ليأكل ثمرها ويهديه ويتمره ويفعل فيه ما أحب، ويبيع مابقى من تمر حائطه، فتكون هذه مفردة من المبيع منه جملة . الأم ٣ : ٤٨

(٢) النووي على مسلم ١٠ : ١٨٩ .

(٣) مختصر الخرقي مع المغنى ٤ : ٥٦ .

(٤) المحلى ٨/٤٥٩ .

حكم بيع العرايا :

اتفق أكثر أهل العلم على إباحة بيع العرايا فى الجملة ؛ عملا بحديث الرخصة فيه ، منهم المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، والظاهرية ، وأهل المدينة ، وأهل الشام ، والأوزاعى ، وإسحاق ، وابن المنذر[١] .

وقال الحنفية : لايحل بيعها ؛ لأنه من المزابنة المنهى عنها ، والعرية المرخص فيها إنما هى على التأويل الذى ذكروه [٢] .

والحق مع الجمهور ؛ لاتفاق رأيهم مع الأحاديث ، ولأن فى تأويل الحنفية لمعنى العرية بعداً .

شروط صحة بيع العرايا :

اشترط الفقهاء الذين جوزوا بيع العرايا شروطا عدة لصحة بيعها نذكر منها ما يلى :

(ا) أن تكون فى ثمر النخل ، وهذا شرط عند الحنابلة والظاهرية ، فقد قالوا : العرية خاصة بالنخل فلا تصح فى غيره[٣] ؛ لأن الأحاديث خصصتها بالتمر ، ولا يصح قياس غير ثمر النخيل على ثمر النخيل لوجهين :

---

(١) المنتقى شرح الموطأ ٤ : ٢٢٦ ، والمدونة ١٠ : ٩٠ — ١٠١ ، والأم ٣ : ٦—٤٩ ، والنووى على مسلم ١٠ : ١٨٩ ، والمغنى ٤ : ٥٦ ، والمحلى ٨ : ٤٥٩ .

(٢) عمدة القارى ١١ : ٢٩٩ و ٣٠٢ وفتح القدير ٥ : ١٩٥ ط الأميرية ، وانظر أيضا المغنى ٤ : ٥٧ ، وانظر ص ٢٢٢ .

(٣) المغنى ٤ : ٦٣ . قال ابن قدامة : وهو قول الليث بن سعد ، إلا أن يكون مما ثمرته لايجرى فيها الربا . والمحلى ٨ : ٤٦٥ .

ا — أن غيره لا يساويه فى كثرة الاقتيات به وسهولة خرصه، وكون الرخصة فى الأصل لأهل المدينة ، وإنما كانت حاجتهم إلى الرطب دون غيره .

ب — أن هذا القياس يخالف النص ؛ لأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العنب بالزبيب وعن بيع كل ثمر بخرصه ، ولا يجوز تخصيص هذا النص العام بالقياس ؛ لأن التخصيص بالقياس إنما يجوز على المحل المخصوص ، وهذا النص لم يدخله تخصيص .[1]

وقال الشافعى: تجوز فى الرطب والعنب دون غيرهما ، وهى رواية عن مالك؛ لأن العنب كالرطب فى وجوب الزكاة فيهما ، وجواز خرصهما وتوسيقهما ، وكثرة تيبيسهما ، واقتياتهما فى بعض البلدان والحاجة إلى أكل رطبهما ، والتنصيص على الشىء يوجب ثبوت الحكم فى مثله ، ولا يجوز فى غيرهما ؛ للاختلاف فى أكثر هذه المعانى[2] .

وقال مالك فى رواية عنه : يجوز فى كل ما ييبس ويدخر من الثمار كالجوز واللوز والتين قياسا على ثمرة النخل ، وهو ما فى المدونة[3] ، وقال ابن حبيب: يجوز فى كل نوع من الثمرة ، كانت مما ييبس ويدخر أو مما لا ييبس ويدخر ، كما يجوز فى القثاء والموز والبطيخ[4] .

٢ — أن تزهى ، وهذا شرط عند جمهور الفقهاء ؛ للنهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، وقال يزيد بن أبى حبيب : تجوز قبل الإزهاء وبعده لعام

---

(١) المغنى ٤ : ٦٤ .

(٢) النووى على مسلم ١٠ : ١٨٩ والمغنى ٤ : ٦٤ .

(٣) انظر ص ٢٢٣ .

(٤) المنتقى على الموطأ ٤ : ٢٢٦و٢٢٩ ، والشرح الكبير للدردير ٣ : ١٧٨ .

أو أعوام ؛ لأن ذلك نوع من الهبة والصدقة فلا تبطله الجهالة والغرر [١] ، ولا وجه لما قاله ابن حبيب ؛ لأن الظاهر أن العرية عند ما تباع يجب أن تأخذ حكم البيع إلا فيما استثنى .

٣ — ألا تزيد على خمسة أوسق ، وهذا باتفاق [٢] ، واختلفوا فى الخمسة فأجازه المالكية ، ومنعه الحنابلة ، والظاهرية ، وللشافعى قولان : أصحهاعدم الجواز [٣] ، والقول بالجواز أولى لما بينا [٤] .

٤ — أن تباع بخرصها من التمر ، لاأقل ولا أكثر ، وأن يكون التمر معلوما بالكيل فلايجوز جزافا [٥] ، أما بيعها بخرصها من الرطب فاختلف الفقهاء فيه ، فمنهم من أجازه ، ومنهم من منعه [٦] ، وقد رجحنا الجواز [٧] .

٥ — أن يحصل التقابض فى المجلس ، قال ابن قدامة : ولا نعلم فيه

---

(١) المنتقى على الموطأ ٤ : ٢٢٦ و ٢٢٨ ، والشرح الكبير للدردير ٣ : ١٧٨ ، والمدونة ١٠ : ٩٢ .

(٢) قال المالكية : إذا كانت العرية أكثر من خمسة أوسق وأراد المعرى شراءها بتمامها فإنه لا يجوز بناء على أن علة الرخصة المعروف ، أما على أنها دفع الضرر فإنه يجوز . الدسوقى على الشرح الكبير ٣ : ١٧٨

(٣) المغنى ٤ : ٥٧ وانظر دليل كل فريق . وانظر فيه أيضا اختلاف الفقهاء فى جواز شراء أكثر من خمسة أوسق فى صفقات متعددة ، والمنتقى على الموطأ ٤ : ٢٣٠ ، والمحلى ٨ : ٤٥٩ و ٤٦٤ ، والنووى على مسلم ١٠ : ٨٩ ، والأم ٣ : ٤٧ .

(٤) انظر ص ٢٢٢

(٥) المغنى ٤ : ٦٠ قال ابن قدامة : لا نعلم فى هذا عند من أباح بيع العرايا اختلافا ، والشرح الكبير للدردير ٣ : ١٧٨ ، والمحلى ٨ : ٤٥٩ ، والنووى على مسلم ١٠ : ١٨٩ .

(٦) المغنى ٤ : ٦١ .

(٧) انظر ص ٢٢٢

مخالفا [١] قلت : خالف فيه المالكية ، فالأصل فى العرية عندهم ، أن يعطيه التمر عند الجداد ، ولا يجوز عندهم اشتراط تعجيله ، ولكن لا يضر التعجيل من غير شرط ، كما يشترط عند المالكية أن يكون التمر فى ذمة المعرى ، لافى حائط بعينه ، فإن كان فى حائط معين فسد البيع على المعتمد [٢] .

٦ — أن تكون العرية موهوبة لبائعها ، وهذا شرط عند الحنابلة كما فى متن الخرقى ، وهو قول مالك ؛ لأن العرية فى اللغة هبة ثمرة النخيل عاما .

وقال ابن قدامة : ظاهر كلام أصحابنا أنه غير شرط ؛ لحديث زيد بن ثابت [٣] وهذا الشرط متفق مع ماشينا عليه فى تفسير العرية .

٧ — أن تباع العرية للمعرى ، أو من يقوم مقامه .

وهذا شرط عند المالكية فلا يجوز عندهم بيعها لأجنبى [٤] وهو متمش مع تفسيرهم للعرية ، ولكن الأحاديث تدل على عدم اشتراطه ، كما بينا .

٨ — حاجة المشترى إلى أكل الرطب ، وهذا شرط عند الحنابلة ، فلا يجوز بيعها عندهم إلا لمحتاج إلى أكلها رطبا ، ولا يجوز بيعها لغنى ؛ لحديث

---

(١) المغنى ٤ : ٦١ ، والمحلى ٨ : ٤٥٩ ، والأم ٣ : ٤٧ .

(٢) المنتقى شرح الموطأ ٤ : ٢٢٨ والشرح الكبير للدردير ٣ : ١٧٨ قال ابن حزم : هذا هو الربا المحرم جهاراً ، ثم إلى أجل مجهول ، ولا نعلم هذا عن أحد قبل مالك . المحلى ٨ : ٤٦٤ والمالكية يرون أن بيع العرية رخصة مستثناة من ربا الفضل والنساء ، وفى بيعها إلى الجداد رفق من صاحب الحائط على صاحب العرية ، وبيع العرايا عندهم جار على وجه المعروف لا المكايسة .

(٣) المغنى ٤ : ٥٩ ، والدسوقى على الشرح الكبير ٣ : ١٧٨ .

(٤) المنتقى ٤ : ٢٢٩ وانظر المدونة ١٠ : ٩٢ — ٩٣ .

زيد بن ثابت حين سأله محمود بن لبيد : ما عرايا كم هذه ؟ فسمى رجالا محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الرطب يأتى ، ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطبا يأكلونه ، وعندهم فضول من التمر ، فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر يأكلونه رطبا[١] .

وهو شرط عند الشافعى فى أحد قوليه ، وقال فى قوله الآخر ، وهو الأصح: ليس بشرط ؛ لأن حديث أبى هريرة ، وسهل مطلقان ؛ ولأن كل بيع جاز للمحتاج جاز للغنى[٢] .

٩ — أن يأكلها أهلها رطبا . وهذا شرط لبقاء العقد عند الحنابلة ، فإن تركها فى النخلة حتى صارت تمرا بطل العقد لقوله صلى الله عليه وسلم : «يأكلها أهلها رطبا» ، ولأن شراءها إنما جاز للحاجة إلى أكل الرطب ، فإذا أتمرت تبينا عدم الحاجة فيبطل العقد[٣] .

وهذ الشرط متفرع عما قبله ، وقد مشينا على عدم اشتراط هذين الشرطين لما بيناه سابقا[٤] .

٣ — المحاقلة[٥]

النصوص :

الأحاديث الخاصة بالمحاقلة وردت كلها مع أحاديث المزابنة[٦] ما عدا حديثا واحدا نذكره فيما يلى :-

---

(١) المغنى ٤ : ٦٢ ، قال ابن حزم : هذا حديث لايدرى أحد منشأه ولا مبدأه ولا طريقه، ذكره الشافعى من غير إسناد . المحلى ٨ : ٤٦٣ ، والحديث رواه الشافعى هكذا : وقيل لمحمود ابن لبيد أو قال محمود بن لبيد لرجل من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم إما زيد بن ثابت وإما غيره . . الأم ٣ : ٤٧ وهو فى المغنى كما أثبتناه فى الأصل .

(٢) النووى على مسلم ١٠ : ١٨٩ (٣) المغنى ٤ : ٦٣ (٤) انظر ص ٢٢٢

(٥) المحاقلة مأخوذة من الحقل ، وهو موضع الزرع ، والزرع قد تشعب ورقه وظهر ، أو مادام أخضر . لسان العرب والقاموس المحيط

(٦) انظر المزابنة الحديث رقم ١-٨ و ١٠-١١

١ - عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لأن يمنح أحدكم أخاه أرضه خير له من أن يأخذ عليها كذا وكذا ، لشيء معلوم » ، قال : وقال ابن عباس : هو الحقل ، وهو بلسان الأنصار المحاقلة[1] .

تفسير المحاقلة الوارد في الأحاديث[2] :

١ - المحاقلة : بيع الزرع القائم بالحب كيلا . هذا تفسير جابر[3] .

٢ - المحاقلة : أن يباع الحقل بكيل من الطعام معلوم . ورد هذا التفسير فى حديث جابر عند مسلم[4] .

٣ - المحاقلة : بيع الزرع بالحنطة . هذا تفسير الترمذى[5] .

هذه التفاسير الثلاثة متفقة فى أن المحاقلة من البيع وأن المبيع الزرع ، غير أنها مختلفة فى بيان الثمن ، فهو فى التفسير الأول الحب كيلا ، وفى التفسير الثانى الطعام كيلا ، وفى التفسير الثالث الحنطة من غير تقييد بالكيل . والتفسيران الأولان مطابقان لتفسير المزابنة الوارد فى حديث ابن عمر[6] .

٤ - المحاقلة : كراء الأرض بالحنطة . ورد هذا التفسير فى حديث أبى سعيد

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووى ١٠ : ٢٠٨

(٢) التفاسير التى لم ينص على قائلها يحتمل أن تكون عن الرسول صلى الله عليه وسلم ، ويحتمل أن تكون من الراوى .

(٣) الحديث رقم ٣ (المزابنة) وانظر الحديث رقم ٨

(٤) انظر الحديث رقم ٤ (المزابنة)

(٥) الجامع الصحيح ٣ : ٥٢٧

(٦) انظر ص ٢١٣ وقريب من هذه التفاسير ما فسرها به الحنفية والشافعية والشيعة قال العينى : المحاقلة هى بيع الحنطة فى سنبلها بحنطة صافية ، عمدة القارى ١١ : ٢٩٨ ، وقال النووى : المحاقلة بيع الحنطة فى سنبلها بكيل معلوم من الحنطة ، المجموع شرح المهذب ٩ : ٣٠٩ ، ونسب النووى هذا التفسير للعلماء . وقال المرتضى : المحاقلة هى بيع الحب فى سنبله بحب مثله البحر الزخار ٣ : ٢٩٥

عند مالك[١] .

٥ ـ المحاقلة : أخذ شيء معلوم على الأرض . هذا تفسير ابن عباس[٢] .

٦ ـ الحقول : كراء الأرض . هذا تفسير جابر[٣] .

وهذه التفاسير الثلاثة تختلف عن الثلاثة الأولى فى أنها اتفقت على أن المحاقلة من الكراء للأرض ، غير أنها مختلفة فى تعيين الأجرة ، فهى فى التفسير الرابع الحنطة ، وفى التفسير الخامس شيء معلوم من غير بيان لنوعها ، أما التفسير السادس فترك الأجرة من غير بيان .

٧ ـ المحاقلة : شراء الزرع بالحنطة ، واستكراء الأرض بالحنطة ، ورد هذا التفسير فى حديث سعيد بن المسيب[٤] ، وهو جامع لأكثر التفاسير السابقة .

هذا ولا خلاف فى منع المحاقلة على تفسيرها بالبيع ، وقد مضى فى المزابنة[٥] ، أما على تفسيرها بالكراء ففيها خلاف يأتى بيانه ، إن شاء الله ، عند الكلام عن الإجارة .

---

(١) انظر الحديث رقم ١ (المزابنة)

(٢) الحديث رقم ١ (المحاقلة)

(٣) الحديث رقم ٨ (المزابنة) ويلاحظ أن جابراً فسر المحاقلة مرة بالكراء ، ومرة بالبيع : انظر التفسير رقم (١)

(٤) الحديث رقم ١٠ (المزابنة)

(٥) انظر ص ٢١٣ و٢١٦

٤ — الجزاف(١)

النصوص :

١ — عن ابن عمر قال : كانوا يتبايعون الطعام جزافا بأعلى السوق ، فنهاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيعوه حتى ينقلوه(٢) .

٢ — عن جابر قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الصبرة من التمر ، لا يعلم كيلها(٣) بالكيل المسمى من التمر(٤) .

يستفاد من الحديث الأول جواز بيع الطعام جزافا ؛ لأن الرسول صلى الله عليه وسلم أقر الصحابة عليه ، وإنما نهاهم أن يبيعوا ما اشتروه جزافا فى مكانه الذى اشتروه فيه ، فالحديث يستفاد منه أيضا عدم جواز بيع الطعام الذى اشترى جزافا قبل نقله من مكانه .

---

(١) الجزاف بتثليث الجيم ، والكسر أفصح وأشهر ، فارسى معرب كزاف .

(٢) رواه الجماعة إلا الترمذى وابن ماجه منتقى الأخبار ٥ : ٢٥٦ . والحديث فى البخارى بلفظ : عن سالم عن أبيه رضى الله عنه قال : رأيت الذين يشترون الطعام مجازفة يضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيعوه حتى يؤوه إلى رحالهم . صحيح البخارى ٣ : ٦٨ . وفى مسلم بلفظ : سالم بن عبد الله أن أباه قال : قد رأيت الناس فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا ابتاعوا الطعام جزافا يضربون فى أن يبيعوه فى مكانهم ، وذلك حتى يؤوه إلى رحالهم ، قال ابن شهاب : وحدثنى عبيد الله بن عبد الله بن عمر : أن أباه كان يشترى الطعام جزافا فيحمله إلى أهله . وفى رواية لمسلم : عن سالم عن ابن عمر أنهم كانوا يضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا اشتروا طعاما جزافاً أن يبيعوه فى مكانه حتى يحولوه . وفى رواية ثالثة له : عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من اشترى طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه ، قال : وكنا نشترى الطعام من الركبان جزافاً فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله من مكانه . صحيح مسلم ١٠ : ١٧٠

(٣) فى مسلم « مكيلتها » .

(٤) رواه مسلم والنسائى ، وروى هذا الحديث عن جابر أيضا من غير ذكر « من التمر » فى آخر الحديث . منتقى الأخبار ٥ : ٣٠٤ ، وصحيح مسلم ١٠ : ١٧٢ وسنن النسائى ٧ : ٢٦٩

ويستفاد من الحديث الثانى جواز بيع التمر جزافا ، غير أنه يمنع بيعه بكيل مسمى من التمر .

معنى الجزاف :

فى اللغة :

قال فىالقاموس : المجازفة الحدس فى البيع والشراء . وفى لسان العرب : الجزف الأخذ بكثرة ، وجزف له فى الكيل أكثر ، والجزف والجزاف المجهول القدر ، مكيلا كان أو موزونا

فى اصطلاح الفقهاء :

أما بيع الجزاف فى اصطلاح الفقهاء :

فقال العينى والنووى : هو البيع بلا كيل ولا وزن ولا تقدير[1] ، وقال الدسوقى : هو بيع الشىء بلا كيل ولا وزن ولا عدد[2] ، وقال الشوكانى : هو بيع ما لم يعلم قدره على التفصيل[3] ، وهذه التعريفات معناها واحد ، وتعريف الشوكانى أخصرها وأجمعها .

حكم بيع الجزاف :

بيع الجزاف جائز عند جمهور الفقهاء[4] بشروط نذكرها فيما بعد ، وقال

---

(١) عمدة القارى ١١ : ٢٥٠ ، والنووى على مسلم ١٠ : ١٦٩

(٢) الدسوقى على الشرح الكبير ٣ : ١٧

(٣) نيل الأوطار ٥ : ٢٥٩

(٤) فتح القدير ٥ : ٨٦ فلو رأى المشترى صبرة من الحبوب واشتراها من غير كيل ولاوزن فالبيع صحيح لازم ، ويعلل الحنفية الجواز بأن جهالة المقدار هنا لا تمنع التسليم والتسلم فأشبهت جهالة القيمة للمبيع بعد رؤيته ، فإنه لو اشترى شخص من آخر ما يساوى مائة درهم بدرهم واحد ، والبائع لايعلم قيمة ما باع لزم البيع . والدسوقى على الشرح الكبير ٣ : ٢٠ ط مصطفى محمد . والأصل عند المالكية منع بيع الجزاف ، ولكنه جوز استثناء من قاعدة المجهول فيما شق علمه من المعدود أوقل جهله من المكيل والموزون. والمهذب للشيرازى ١ : ٢٦٥ ، =

الشيعة الإمامية : لا يجوز بيع المكيل والموزون والمعدود جزافا[1] .

فبيع الصبرة باطل عندهم ، إذا جهلها البائع والمشترى وقت العقد ، أو جهلها أحدهما ، ولو كانت مشاهدة لهما ، ولو كالاها بعد ذلك ، فقد جاء فى مفتاح الكرامة : « قال فى الخلاف ما يباع كيلا : لا يصح بيعه جزافا وإن شوهد إجماعاً » ولكن يظهر أن الإجماع غير مسلم به ، فقد قال فى مفتاح الكرامة أيضاً : « ذهب إلى هذا علماؤنا أجمع إلا ابن الجنيد » .

وقال فى موضع آخر : « وفى بيع المبسوط : إذا قال: بعتك هذه الصبرة بعشرة دراهم صح البيع ؛ لأن الصبرة مشاهدة ، ومشاهدة المبيع تغنى عن معرفة مقداره ، وقد روى أن ما يباع كيلا لا يباع جزافا وهو الأقوى عندى» .

ويفهم من كلام العاملى أن القول بالجواز جاء من المتأخرين ، قال : « وأول من فتح باب الشك فى ذلك ممن تأخر المولى الأردبيلى ، وتبعه الفاضل الخراسانى ، والمحدث البحرانى »[2] . ولا وجه لمنع بيع الجزاف بعد ورود الحديث الصحيح بجوازه ، ولا سيما مع توافر الشروط الآتية :

شروط صحة بيع الجزاف :

اشترط الفقهاء لصحة بيع الجزاف شروطا تخفف من الغرر ، وسنذكر هذه الشروط على أساس مذهب المالكية ؛ لأنه أكثر المذاهب تفصيلا فى هذا الموضوع ، ونشير فى أثناء ذلك إلى آراء سائر الفقهاء :

= ويعلل الشافعية الجواز بأن غرر الجهالة ينتفى بالمشاهدة ، ولكن مع هذا فالأصح عندهم أنه مكروه ، لما فيه من الغرر ، قال الشافعى : وأكره بيع الصبرة جزافاً لأنه يجهل قدرها على الحقيقة ، والمغنى ٤ : ١٢٣ قال ابن قدامة : يجوز بيع الصبرة جزافاً لا نعلم فيه خلافاً إذا جهل البائع والمشترى قدرها . والبحر الزخار ٣ : ٣٢٠ ، ويعلل الجواز بأن الغرر ينتفى بالمشاهدة .

(١) المختصر النافع ٤٣ ، والروضة البهية ١ : ٢٨٥

(٢) مفتاح الكرامة ٤ : ٢٢٤

١ ـ **أن يكون المبيع مرئيا** ، فالغائب الذى لم تتقدم رؤيته ، والثابت فى الذمة لا يصح بيعه جزافا . فقد روى أشهب وابن نافع عن مالك : لا يجوز أن تباع الدار الغائبة على الصفة إلا مذارعة ، وقال سحنون مثله ؛ وذلك لأن العلم بمقدار الجزاف إنما يكون بالحزر وهو لا يتأتى إلا بالنظر [١] .

هل تكفى الرؤية المتقدمة ؟

الرؤية المتقدمة على العقد لا تكفى على ما فى المدونة وهى رواية ابن القاسم عن مالك ، فالشرط فى صحة بيع الجزاف أن يكون حاضراً حين العقد ومرئياً ، لكن يستثنى من ذلك الزرع القائم ، والثمار فى رءوس الشجر فقد اغتفر فيهما عدم الحضور إن تقدمت الرؤية .

وعلى ما اختاره ابن رشد ، وهو قول ابن حبيب لا يشترط فى الجزاف أن يكون حاضراً فى مجلس العقد مطلقا ، سواء كان زرعا قائما أو صبرة طعام أو غيرهما ، وإنما تشترط فيه الرؤية بالبصر ، سواء كانت مقارنة للعقد أو سابقة عليه ، فعلى هذا تكفى الرؤية المتقدمة ، لكن بشرط أن يستمر كل من البائع والمشترى على معرفة المبيع إلى وقت العقد ، وهذا الرأى هو مامشى عليه عليه الدردير فى شرح خليل [٢] .

وهو أولى بالقبول ؛ لأنه مادام العلم حاصلا فلا معنى لاشتراط حضور المبيع ،

حالة تغتفر فيها عدم الرؤية :

لا تشترط الرؤية إذا كان يترتب عليها فساد المبيع كقلال الخل المختومة التى يفسدها الفتح ، فإنها يجوز بيعها من غير رؤية إذا كانت مملوءة أو علم

---

(١) المنتقى ٥ : ٨

(٢) الدسوقى على الشرح الكبير ٣ : ٢٠

المشترى قدر نقصها ، ولو من البائع ، ووصف ما فيها من الخل[1] .

رؤية بعض المبيع :

تكفى رؤية بعض المبيع المتصل به كغيب الأصل ، وتكفى فى الصبرة رؤية ما ظهر منها .

رؤية الإناء فارغا لا تكفى :

ولا تكفى رؤية الإناء الفارغ على أن يملأ بكذا ، كأن يقول : اشتريت منك ملء هذه القفة قمحاً بكذا ، لأن المبيع غير مرئى ، والقفة ليست مكيالا معلوماً ، لكن إذا تعارف الناس على ذلك كما فى سلة[2] التين والعنب وقربة الماء ونحوها مما جرى العرف بأن ضمانه من بائعه إذا تلف قبل تفريغه ، فيجوز شراء ملئه فارغا ؛ لأن الإناء فى هذه الحالة يصبح كالمكيال المعلوم[3] .

بيع الجزاف من الأعمى لا يجوز :

وينبنى على هذا الشرط أن الأعمى لا يجوز أن يبيع أو يشترى جزافا ؛ لأنه يعتمد فى بيعه وشرائه على الوصف ، وهو لا يكفى فى بيع الجزاف[4] .

ورؤية المبيع جزافا شرط عند الحنفية أيضاً : ففى الزيلعى : وشرط جواز الجزاف أن يكون مميزاً مشاراً إليه[5] .

وهى شرط كذلك عند الشافعية[6] والحنابلة[7]

---

(١) الشرح الكبير ٣ : ٢٠

(٢) السلة بالفتح الإناء الذى يوضع فيه الزبيب والتين ونحوهما .

(٣) الدسوقى على الشرح الكبير ٣ : ٢١

(٤) المصدر السابق ٣ : ٢٤

(٥) الزيلعى ٤ : ٥ وفتح القدير ٥ : ٧٦

(٦) المهذب ١ : ٢٦٥

(٧) المغنى ٤ : ١٢٣

٢ — **ألا يكون البائع عالما بمقدار المبيع، والمشترى يجهله**. هكذا ذكر ابن رشد هذا الشرط ثم قال: «المزابنة المنهى عنها هى عند مالك من هذا الباب [١]».

وذكر ابن جزى هذا الشرط بالصيغة الآتية: «أن يستوى البائع والمشترى فى العلم بمقداره وفى الجهل به [٢]».

والفرق بين التعبيرين يظهر فيما لو كان المشترى يعلم بمقدار المبيع. والبائع يجهله، فعلى ظاهر ما فى بداية المجتهد يجوز البيع جزافا، وعلى ما فى القوانين الفقهية لا يجوز، وما فى الموطأ يؤيد ما فى بداية المجتهد، قال مالك: «ومن صبر صبرة من طعام، وقد علم كيلها ثم باعها جزافا وكتم على المشترى كيلها، فإن ذلك لا يصلح، فإن أحب المشترى أن يرد ذلك الطعام على البائع رده بما كتمه كيله وغره، وكذلك كل ما علم البائع كيله وعدده من الطعام وغيره، ثم باعه جزافا، ولم يعلم المشترى بذلك، فإن المشترى إن أحب أن يرد ذلك على البائع رده، ولم يزل أهل العلم ينهون عن ذلك» [٣].

وهذا النص يدل على أن فقدان هذا الشرط لا يبطل العقد، وإنما يجعل للمشترى الحق فى رد البيع فهو شرط لزوم وليس شرط صحة.

وأورد الباجى هذا الشرط بصيغة تختلف عن الصيغتين المتقدمتين وهى: ألا يعلم المتبايعان أن أحدهما ينفرد بمعرفة مقداره [٤].

---

(١) بداية المجتهد ٢ : ١٥٩

(٢) القوانين الفقهية ٢٣٩ .

(٣) الموطأ: ٥ : ٨، وانظر كلمة: «وعدده» مع ما يأتى فى قول مالك من أن الجزاف لا يكون فيما يعد عداً .

(٣) المنتقى ٥ : ٨ .

ومعنى هذا أنه لو أعلم العالم منهما الجاهل بأنه يعلم مقدار المبيع ، ولكنه لم يطلعه عليه ، وعقدا البيع جزافًا ، فإن العقد لا يصح فى هذه الحالة ، أما إذا لم يعلمه فإن البيع يكون صحيحاً غير لازم .

قال الباجى : « فإن انفرد أحدهما بمعرفته دون الآخر ، وعقد البيع على ذلك فقد دخل الغرر [١] ، فلا يجوز هذا العقد رواه القعنبى عن مالك» ، واستدل الباجى لهذا بحديث النهى عن بيع الغرر ، وبأنه باع جزافا ما يعلم قدر كيله على الانفراد بعلمه فلم يجز ، كما لو قال له : أبيعك ملء هذه الغرارة ، وهو يعلم كيلها .

وفقدان هذا الشرط يترتب عليه فساد العقد ، فقد روى ابن حبيب عن مالك أنه قال : يفسخ العقد فى هذه الحالة [٢] .

وقد رأينا أن البائع لو كان يعلم مقدار المبيع وكتم ذلك عن المشترى ، فإن العقد يكون غير لازم ، وقد فرق الباجى بين الصورتين على النحو الآتى :

« أما إذا علم البائع الكيل أو العدد فباعه جزافا ولم يعلم المشترى بعلمه لذلك ، فإن ذلك كالعيب الذى للمبتاع الرد به أو الرضا به ، ولا يفسد بذلك البيع ، ووجه أن الذى يفسد البيع إنما هو معرفة المبتاع بعلم البائع بقدر الكيل فيقوم فى ابتياعه على هذا الغرر ، وهذا معدوم [٣] فى مسألتنا [٤] » .

---

(١) وذلك لأنه لما علم أحدهما بالقدر وعلم الآخر بعلمه ، وتركا الدخول على الكيل أو الوزن وارتكبا الجزاف صار كل واحد قصده غرر صاحبه وغلبته . الدسوق ٣ : ٢٢ .

(٢) المنتقى ٥ : ٨ — ٩ والدسوقى على الشرح الكبير ٣ : ٢٠ .

(٣) فى الأصل (معلوم) والسياق يقتضى ما أثبتناه .

(٤) المنتقى ٥ ٤ : ١٠ .

والخلاصة أن الشرط لصحة البيع جزافا ، ولزومه عند المالكية أن يجهل كل من المتبايعين مقدار المبيع ، فإن علم أحدهما ولم يعلم الآخر بعلم صاحبه إلا بعد العقد ، فهو بالخيار ، وأما إن علم الآخر بعلم صاحبه حين العقد ، بأن أعلمه [1] هو أو غيره ، وعقدا البيع على ذلك فإن البيع يكون فاسداً ؛ لدخولهما على الغرر ، فيرد المبيع إن كان قائما وتلزمه قيمته إن فات .

ويشترط الشافعية لصحة البيع جزافا ألا يعلم واحد من المتبايعين قدره [2] .

وللحنابلة ثلاثة آراء فى بيع الصبرة جزافا إذا كان البائع عالما بمقدارها :

الأول : البيع صحيح لازم ، ولكنه مكروه تنزيها ، وهو ظاهر كلام أحمد .

الثانى : للمشترى الخيار فى الفسخ والإمضاء ، إذا لم يعلم أن البائع كان عالما بمقدار الصبرة ، أما إن علم بذلك فلا خيار له .

الثالث : البيع فاسد ، لأنه منهى عنه [3] .

أما الشيعة الزيدية فقد اختلفوا فى هذا الشرط فقيل : يشترط لصحة بيع الجزاف أن يستوى البائع والمشترى فى العلم بالمبيع والجهل به ، بأن علماه جميعا [4] أو جهلاه ، فإن علم قدره أحدهما دون الآخر فسد البيع عند الهادى للغرر [5]

---

(١) أى أعلمه بأنه عالم بمقدار المبيع ، ولم يعلمه بالقدر وإلا لا يكون جزافا .

(٢) المجموع ٩ : ٣١٢ .

(٣) المغنى ٤ : ١٢٣ و١٢٥ — ١٢٦ وانظر فيه توجيه كل رأى .

(٤) هكذا فى البحر الزخار ، وفيه نظر ، إذ كيف يعلمانه معا ويكون جزافا ؟ ثم إن علم البائع والمشترى بالمبيع ينفى الغرر عنه .

(٥) الغرر هنا بمعنى الغرور ، أى التدليس .

من العالم ، وقال أبو طالب والقاسم : إن علم البائع دون المشترى فغرر ، وإلا فلا ، فالشرط عندهما ألا يكون البائع عالما بالمبيع والمشترى يجهله ، غير أن هذا شرط صحة عند القاسم يفسد البيع عند تخلفه ، وشرط لزوم عند أبى طالب يكون للمشترى الخيار إذا لم يتحقق .

وقال المؤيد ويحيى : يصح البيع ، ويلزم وإن لم يستويا فى العلم ؛ لأنه لا غرر مع المشاهدة [1] . وأرى أن الغرر الذى يمنع الصحة منتف بالمشاهدة ، أما الغرور الذى يمنع اللزوم فإنه موجود مع المشاهدة ، ولهذا فإنى أرجح الرأى القائل بثبوت الخيار للجاهل منهما إذا كان الآخر يعلم مقدار المبيع ولم يعلمه به .

٣ ـ ان يكون فيما المقصود منه الكثرة لا آحاده [2] فيجوز فى المكيلات والموزونات، والممسوحات، والمذروعات. أما ما لا يقدر بالكيل والوزن والذرع ، وإنما يعد فقط ، ففيه تفصيل ، وهو: أن المعدود إذا أمكن عده بلا مشقة لا يجوز بيعه جزافا مطلقا ، أما إذا كان فى عده مشقة ، فإن لم تقصد أفراده جاز بيعه مطلقا قل ثمنها أم لا ، كالبطيخ إذا كان المقصود مبلغه لا آحاده ، وإذا كان فى عده مشقة وقصدت أفراده بالثمن ، فإن قل التفاوت بينها جاز بيعه جزافا كالبيض والتفاح والرمان .

أما إذا لم يقل التفاوت بينها ، فلا يجوز بيعه جزافا كالعبيد والثياب

---

(١) البحر الزخار ٣ : ٣٢٠ وفيه قال أبو حنيفة والشافعى ، كقول المؤيد ويحيى . وهذا مخالف لما فى المجموع بالنسبة لرأى الشافعية ، ولما فى المغنى بالنسبة لرأى أبى حنيفة ، ولكنه متفق مع ملق القوانين الفقهية ٢٣٩ والمنتقى ٥ : ٩ .

(٢) بداية المجتهد ٢ : ١٥٨و١٥٩ .

والدواب (١) .

قال مالك فى الرجل يشترى الإبل أو الغنم أو البز أوالرقيق ، أوشيئا من العروض جزافا ، إنه لايكون الجزاف فى شيء مما يعد عدداً (٢) .

فالفرق الأساسى بين المعدود وغيره،أن المعدود يشترط لصحة بيعه جزافا أن تكون فى عده مشقة ، أما المكيل والموزون فإنه يباع كل منهما جزافا ، ولو لم تكن مشقة فى كيله أو وزنه ، ولهذا قلنا فيما قل قدره: إنه يجوز بيعه جزافا إذا كان مكيلا أو موزونا ، ولا يجوز إذا كان معدودا إلا إذا كان فى عده مشقة (٣) ، وسبب هـذه التفرقة أن المكيل والموزون مظنة للمشقة ؛ لاحتياجهما إلى مكيال وميزان قد لا يتأتى لـكل الناس ، أما العد فإنه متيسر لغالب الناس (٤) .

بيع النقود جزافا :

لايجوز بيع الدراهم والدنانير جزافًا،ويجوز بيع التبر والفضة غير المسكوكين جزافا ، وكذلك يجوز بيع النقود جزافا ،إذا لم يتعامل بها عددا، بل تعومل بها وزنا فقط (٥) .

---

(١) الدسوقى ٣ : ٢١و٢٢ والقوانين الفقهية ٢٣٩ .

(٢) الموطأ ٥ : ١٠٩ ويلاحظ أن ظاهر هذا النص يمنع بيع المعدود جزافا مطلقا . وانظر بداية المجتهد ٢ : ١٥٨ ففيه أن مالـكا يجوز بيع العبيد والثياب جزافا ، وهذا سهو من ابن رشد .

(٣) انظر الشرط الخامس ص ٢٤٣ .

(٤) الدسوقى ٣ : ٢١ .

(٥) الدسوقى على الشرح الـكبير ٣ : ٢١ ، ٢٢،وبداية المجتهد ٢ : ١٥٩ .

قال مالك : « ولا بأس أن يشترى الرجل الذهب بالفضة ، والفضة بالذهب جزافا إذا كان تبراً أو حليا قد صيغ ، فأما الدراهم المعدودة والدنانير المعدوده فلا ينبغى لأحد أن يشترى شيئاً من ذلك جزافا ، حتى يعلم ويعد ، فإن اشترى ذلك جزافا فإنما يراد به الغرر حين يترك عدده ويشترى جزافا ، وليس هذا من بيوع المسلمين . فأما ما كان يوزن من التبر والحلى فلا بأس أن يباع ذلك جزافا ، وإنما ابتياع ذلك جزافا كهيئة الحنطة والتمر ونحوهما من الأطعمة التى تباع جزافا ، ومثلها يكال فليس بابتياع ذلك جزافا بأس »[1] .

ولا فرق عند الحنابلة بين المعدود وغيره ، فيجوز عندهم بيع الرقيق إذا شاهدهم ولم يعدهم ، وكذلك يجوز بيع الثياب إذا نشرها ورأى جميع أجزائها[2]

وأرى أن تفرقة المالكية بين المعدود وغيره تفرقة فى محلها ؛ لأن المعدود الذى لا مشقة فى عده لا حاجة إلى بيعه جزافا ، والمعدود الذى تتفاوت آحاده ويكون كل واحد منها مقصوداً ، لا يعمد المتبايعان إلى بيعه جزافا إلا إذا قصدا الغرر من ذلك.

---

(١) الموطأ ٤ : ٢٦٧ .

(٢) المغنى ٤ : ١٢٤ .

٤ — **ان يكون المبيع يتأتى فيه الحزر**[1] ويحزر فعلا من أهل الحزر، سواء أكانا المتعاقدين أم من وكلاه[2]، فإن لم يتيسر حزره فلا يجوز بيعه جزافا، كعصافير حية وحمام فى برج ونحوها مما يتداخل، إلا أن يكون المتبايعان قد عرفاه قبل الشراء فيجوز[2].

وهذا شرط عند الشافعية أيضا، فلا بد عندهم من معرفة المقدار تخمينا أو تحقيقاً[3].

٥ — **أن يكون من الكثرة بحيث يخفى أمره ومبلغه على التحقيق**[4]؛ وذلك لأن الأصل فى الجزاف ألا يعلم مقداره على التحقيق، فإن علم ذلك خرج عن الجزاف، وصار معلوما فيجب أن يكال أو يوزن ... إلخ.

وينبنى على هذا الشرط أن ما كثر جداً، بحيث يخفى أمره ويتعذر حزره لا يصح بيعه جزافا، مكيلا كان أو موزونا أو معدوداً، لتعذر حزره، وما كثر (لا جداً) يجوز بيعه جزافا، مكيلا كان أو موزوناً أو معدوداً لإمكان حزره، وأما ما قل جدا بحيث يمكن العلم بقدره فقد فرق فقهاء المالكية فيه بين المكيل والموزون، وبين المعدود، ففى المعدود لا يجوز لأنه لا مشقة فى علمه بالعدد،

---

(١) المنتقى ٥ : ٨، والحزر: التقدير. مصباح.

(٢) الدسوقى ٣ : ١٠ و ٢١.

(٣) المجموع ٩ : ٣١٤ وانظر ص ٢٢١ (بيع النحل فى الكندوج).

(٤) المنتقى ٥ : ٨

ويجوز فى المكيل والموزون ولو لم تكن مشقة فى كيله أو وزنه [1]، وسبب هذه التفرقة أن من شرط صحة بيع المعدود جزافا ألا يكون فى عده مشقة، كما ذكرنا فى الشرط الثالث.

٦ — أن تستوى الأرض التى عليها المبيع فى علم أو ظن المتعاقدين، ثم إن تبين الاستواء فى الواقع لزم البيع، وإلا فالخيار للمغبون، فإن ظهر علو فى الأرض فالخيار للمشترى، وإن ظهر انخفاض فالخيار للبائع، أما إذا علم أحدهما عدم الاستواء فإن العقد يفسد [2].

وللشافعية ثلاثة طرق فى بيع الصبرة جزافا، وهى على أرض غير مستوية:

الأول، وهو أصحها: أن هذا البيع يأخذ حكم بيع الغائب؛ لأنه لم تحصل رؤية تفيد المعرفة.

الثانى: القطع بالصحة.

الثالث: القطع بالبطلان، قال الرافعى: وهو ضعيف وإن كان منسوبا إلى المحققين، وعلى هذا الطريق إذا باع الصبرة والمشترى يظنها على أرض مستوية فبان تحتها دكة، ففى هذا البيع وجهان: أصحهما أن البيع صحيح، وللمشترى الخيار، كالعيب، والتدليس، والوجه الثانى، يبطل البيع؛ لأن معرفة المقدار تخمينا أو تحقيقا شرط وقد تبينا فواتها [3].

ويشترط الحنابلة استواء الأرض لبيع الصبرة جزافا، فإذا تبين أن الصبرة كانت على دكة أو ربوة ولم يكن المشترى علم به، فله الخيار بين الفسخ وأخذ

---

(١) الدسوقى على الشرح الكبير ٣ : ٢٠.

(٢) الدسوقى ٣ : ٢٠

(٣) المجموع ٩ : ٣١٤، ومثل الصبرة السمن ونحوه إذا كان فى ظرف مختلف الأجزاء رقة وغلظا. وانظر ص ٣١٩ و ٣١٠ منه.

تفاوت ما بين الحالين،وإذا تبين تحت الصبرة حفرة ولم يكن البائع عالما بذلك فله الفسخ،قال فى المغنى:«ويحتمل أنه لا خيار له، لأن الظاهر أنه باع ما يعلم، فلا يثبت له الفسخ بالاحتمال[1]».

٧ - **الا يشتريه مع مكيل فى عقد واحد**، فلايجوز بيع قمح جزافا مع قمح مكيل، كأن يقول: اشتريت منك هذه الصبرة المجهولة القدر، وهذه الصبرة المعلوم قدرها بكذا، وذلك لأن انضمام المجهول إلى المعلوم يصير فى المعلوم جهلا فيكون ذلك من الغرر المانع من صحة البيع، لكن إذا كان المبيع جزافا مما أصله أن يباع جزافا كالأرض، فلا مانع من أن تباع مع معلوم أصله أن يباع كيلا، كالقمح بأن يقول شخص لآخر: اشتريت منك هذه الصبرة من القمح المعلومة القدر، وهذه الأرض المجهولة القدر بمائة، وذلك لمجيء كل منها على أصله[2].

بيع الجزاف بالجزاف:

لا يجوز بيع الجزاف بالجزاف إذا كان العوضان مما يحرم فيه التفاضل من جنس واحد، كبيع صبرة الحنطة بصبرة الحنطة، لجهل التساوى فى بيع الجزاف، والجهل بالتساوى كالعلم بالتفاضل هنا، لأن التماثل شرط.

قال مالك فى الموطأ: ولا تحل صبرة الحنطة بصبرة الحنطة[3].

أما إذا كان العوضان مما لا يحرم فيهما التفاضل - من جنسين مختلفين - فيجوز بيع أحدهما بالآخر جزافا، يدا بيد كبيع صبرة الحنطة بصبرة التمر. قال:

---

(١) المغنى ٤ : ١٢٥ .

(٢) الدسوقى على الشرح الكبير ٣ : ٢٣ .

(٣) المنتقى ٥ : ٧ والمغنى ٤ : ١٥ وفيه قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن ذلك غير جائز.

مالك فى الموطأ : « ولا بأس بصبرة الحنطة بصبرة التمر يدا بيد » .

وإنما جاز البيع فى هذه الصورة ولم يجز فى الصورة السابقة ؛ لأن الجنسين لما اختلفت الأغراض فيهما لم تقصد المغابنة فى الكيل بينهما ؛ لأن لكل من المتبايعين غرضا صحيحا غير الغبن فى القدر هو أبين منه وأظهر، وهو مخالفة منفعة ما أعطى لمنفعة ما أخذ ، أما إذا كانا من جنس واحد وتقاربا كان الأظهر أنه إنما قصد كل من المتبايعين غبن صاحبه فى القدر ، وذلك من باب المخاطرة التى تمنع صحة البيع ، ولهذا لو تفاوتت المقادير حتى تبين أن أحدهما أكثر من الآخر جاز ذلك ؛ لعدم معنى الغرر بزيادة الكيل ونقصه[1] .

الجزاف فى الثمن :

لا فرق عند الشافعية والحنابلة بين الثمن والمبيع ، فيصح البيع عندهم بثمن معين جزافا ، لأنه معلوم بالمشاهدة[2] ، قال النووى : « لو باع بصبرة من الدراهم جزافا ، لا يعلم واحد منهما قدرها لكنها مشاهدة لهما صح البيع بلا خلاف عندنا[3] » .

القانون :

بيع الجزاف جائز فى القانون، وهو البيع الذى لا يحتاج فيه المبيع إلى تقدير ما — عدا أو وزنا أو كيلا أو مقاسا — مثال ذلك : أن يبيع شخص جميع كمية السكر التى فى مخزنه ، ويعين المخزن تعيينا كافيا ، أو يبيع جزءا شائعا منها . وقد نص فى المادة (٤٢٩) على أن البيع يكون جزافا ، ولو كان تحديد الثمن

---

(١) المنتقى ٥ : ٨ .

(٢) المهذب ١ : ٢٦٦، والمغنى ٤ : ١٦ و ١٢٤ .

(٣) المجموع ٩ : ٣١٢ .

موقوفا على تقدير المبيع ، مثال ذلك : ما إذا باع شخص كل القمح الذى فى مخزنه بسعر الإردب ثلاثة جنيهات مثلا ، فإن الثمن هنا لا تحدد جملته إلا بعد كيل القمح الذى فى المخزن ، فالعبرة فى بيع الجزاف أن يكون المبيع هو الجزاف، سواء قدر الثمن جزافا كمائة جنيه لكل ما فى المخزن أو احتاج إلى تقدير، كما إذا بيع بسعر الإردب[1].

وهذه الصورة التى نص القانون عليها يختلف الفقهاء فى جوازها ، كما سنرى ذلك عند الكلام عن الجهل بمقدار الثمن.[2]

٥ — بيع ضربة الغائص

ورد النهى عن بيع ضربة الغائص فى حديث أبى سعيد الخدرى وقد ذكرناه عند الكلام عن بيع الحمل[3]، ومعنى بيع ضربة الغائص : أن يقول الغواص للتاجر : أغوص غوصة فما أخرجه من اللآلىء فهو لك بكذا ، فهذا البيع لا يجوز، ومثله فى عدم الجواز بيع ضربة القانص، وهو الصائد يقول للمشترى : بعتك ما يخرج من إلقاء هذه الشبكة مرة بكذا[4] .

علة المنع :

علل المرغينانى المنع : بأن المبيع مجهول ، وفيه غرر ، والظاهر أنه يريد بالغرر هنا كون المبيع غير مملوك للبائع ، وقد صرح بهذا المعنى الكمال حيث

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ : ٤٤ : ٤٥ ، والوسيط للدكتور السنورى ٤ : ٢٢٧ ـ ٢٣٤ .

(٢) انظر « البيع بسعر الوحدة » .

(٣) انظر ص ١٨١

(٤) نيل الأوطار ٥ : ٢٤٦ ، والبدائع ٥ : ١٦٣

قال : « فهو بيع باطل ، لعدم ملك البائع المبيع قبل العقد فكان غررا ؛ ولجهالة ما يخرج »[1] .

٦ — بيع الصوف على ظهر البهيمة

النصوص :

عن ابن عباس قال : « نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يباع ثمر حتى يطعم[2] أو صوف على ظهر ، أو لبن في ضرع ، أو سمن في لبن[3] » .

حكم بيع الصوف على ظهر البهيمة :

لا يجوز بيع الصوف وهو على ظهر البهيمة عند الحنفية على ما في ظاهر

---

(١) الهداية مع فتح القدير ٥ : ١٩٥

(٢) يطعم بضم الياء وكسر العين ، أي يصير طعاما .

(٣) منتقى الأخبار ٥ : ٢٤٥ روى هذا الحديث الدارقطني ، والبيهقي ، والطبراني في الأوسط، وفي إسناده عمر بن فروخ وقد قال فيه البيهقي : « ليس بالقوي » ولكن وثقه ابن معين ، وقال ابن التركماني : عمر هذا يعرف بالقتات لم يتكلم فيه أحد بشيء من جرح فيما علمت غير البيهقي ، وذكره البخاري في تاريخه وسكت عنه ، ولم يتعرض ابن عدي إلى ضعفه . وأخرج هذا الحديث أبو داود من طريق أبي إسحق عن عكرمة ، والشافعي من وجه آخر عن ابن عباس ، ولكن الطبراني قال : « لا يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم إلا بالإسناد الذي فيه عمر بن فروخ ، كما قال البيهقي « تفرد برفعة عمر هذا ، ورواه أيضاً أبو داود عن وكيع مرسلا وابن أبي شيبة في مصنفه وقال : المحفوظ وقفه على ابن عباس . نيل الأوطار ٥ : ٢٤٥ ، والبحر الزخار ٣ : ٣٢٢ ، والسنن الكبرى للبيهقي ٥ : ٣٤٠ والجوهر النقي بذيله .

فالحديث رؤى مرفوعا ، وموقوفا ، ومرسلا ، وفي الحديث المرفوع : ما رأيت من الاختلاف في صحته .

الرواية [1] ، والشافعية [2] وأحمد فى رواية عنه ، عملاً بالحديث[3] والشيعة الزيدية[4] ، وإسحق، وأبى ثور ، وابن المنذر [5] .

علة المنع :

علل محمد منع بيع الصوف على ظهر الحيوان ، بأنه « غرر لا يعرف[6] ».
وعلله الكاسانى بعدم القدرة على التسليم تارة ، وذلك لأنه ، كما يقول الكاسانى: « ينمو ساعة فساعة فيختلط الموجود عند العقد بالحادث بعده على وجه لا يمكن التمييز بينهما ، فصار معجوز التسليم بالجز ، والنتف استخراج أصله ، وهو غير مستحق بالعقد »[7] ، وعلله بالجهالة المفضية إلى المنازعة تارة أخرى [8] .

وعلله الشيرازى بأن الحيوان قد يموت قبل الجز فينجس شعره ، وذلك غرر من غير حاجة ، [9] وبأنه لا يمكن تسليم الصوف إلا باستئصاله من أصله ، ولا يمكن ذلك إلا بإيلام الحيوان ، وهذا لا يجوز[10] ، وعلله ابن قدامة بأن الصوف متصل بالحيوان فلم يجز إفراده بالبيع ، كما لا يجوز بيع أحد أعضاء

---

(١) الأصل ٦٧ وعبر فيه بعبارة « لا خير فيه » وعبر فى ص ٩٤ بعبارة « لا يجوز » وفى البدائع ٥: ١٤٨ : أن البيع باطل فى ظاهر الرواية .

(٢) المهذب ١ : ٢٦٦ ، فى مذهب الشافعية وجه بالجواز بشرط الجز فى الحال ، قال النووى : وهو شاذ ضعيف. المجموع ٩ : ٣٢٧ .

(٣) المغنى ٤ : ٢٠٩ .

(٤) البحر الزخار ٣ : ٣٢٢

(٥) المجموع ٩ : ٣٢٨ وقال النووى : إن القول بالبطلان ، هو رأى جماهير العلماء .

(٦) الأصل ٨٧ و ٩٤ .

(٧) البدائع ٥ : ١٤٨ .

(٨) البدائع ٥ : ١٦٨

(٩) هذه علة ضعيفة جدا .

(١٠) المهذب ١: ٢٦٦ ولهذا يجوز عندهم بيع الصوف على ظهر الحيوان المذبوح ، لأن استيفاءه بكماله ممكن من غير ضرر . المجموع ٩ : ٣٢٧ .

الحيوان [١] . ولا يخفى ما فى هذا من ضعف ، لأن اتصال الصوف بالحيوان لا يصح قياسه على اتصال أحد أعضاء الحيوان به .

وعلله الشوكانى بالجهالة والتأدية إلى الشجار فى موضع القطع [٢] ، وهو قريب من تعليل الكاسانى الأخير .

وجوز بيع الصوف على ظهر البهيمة أبو يوسف قياسا على بيع الفصيل فى الأرض [٣] ، كما جوزه الإمام أحمد فى رواية عنه بشرط جزه فى الحال ؛ لأنه معلوم يمكن تسليمه فجاز بيعه كالرطبة [٤] ، وجوزه الظاهرية [٥] .

وجوزه كذلك سعيد بن جبير ، وربيعة ، والليث ، والثورى بشرط أن يجز قريبا من وقت البيع ، قياسا على جواز بيع الرطب والقصيل والبقل والصوف بعد ذبح الحيوان ، ولأنه مبيع مشاهد يمكن تسليمه [٦] .

والراجح عندى المنع ؛ لأن تحديد موضع الجز غير متيسر ، وفى هذا غرر من شأنه أن يؤدى إلى النزاع ، ولا حاجة إلى البيع على هذه الصفة ؛ لأن من الممكن بيع الصوف بعد جزه .

---

(١) المغنى ٤ : ٢٠٩ .

(٢) نيل الأوطار ٥ : ٢٤٦ وهو مشابه لما فى البحر الزخار ٣ : ٣٢٢ .

(٣) البدائع ٥ : ١٤٨ ووجه الفرق بينهما على ما فى ظاهر الرواية هو أن الصوف لا يمكن جزه من أصله من غير ضرر يلحق بالشاة بخلاف الفصيل .

(٤) المغنى ٤ : ٢٠٩ والفرق بينه وبين بيع عضو من أعضاء الحيوان أن العضو لا يمكن تسليمه مع سلامة الحيوان .

(٥) المحلى : ٧ : ٣٩٦ و ٣٩٩ و ٤٠٤ .

(٦) المجموع : ٩ : ٣٢٨ ، والبحر الزخار ٣ : ٣٢٢ .

بيع اللبن فى الضرع [1]

جمهور الفقهاء على أن بيع اللبن فى الضرع قبل انفصاله لا يجوز [2]، لما فيه من الغرر ، وللحديث الوارد فيه .

يقول محمد فى الأصل : « ولا خير [3] فى شراء ألبان الغنم فى ضروعها كيلاً ولا مجازفة بدارهم ولا غير ذلك . . . . بلغنا عن رسول الله أنه نهى عن بيع الغرر ، وهذا عندنا من الغرر ».

والغرر يدخل هذا البيع من عدة وجوه :

منها : جهالة المقدار ، إذ قد يرى امتلاء الضرع من السمن فيظن أنه من اللبن [4] .

ومنها : الجهل بصفته ؛ لأنه قد يكون صافيا وقد يكون كدراً [5] .

ومنها : العجز عن التسليم ؛ لأن اللبن لا يجتمع فى الضرع دفعة واحدة بل شيئا فشيئاً ، فيختلط المبيع بغيره على وجه يتعذر التمييز بينهما ، فكان معجوز التسليم عند البيع فلا ينعقد [6] .

ومنها : أنه على خطر العدم ؛ لأنه لا يدرى أن ما فى الضرع ريح أو دم أو لبن [7] .

---

(١) انظر النصوص فى ص ١٨١ و ٢٤٨

(٢) ويقول الشوكانى : إن عدم الجواز مجمع عليه نيل الأوطار ٥ : ٢٤٦ ، وفى ذلك شىء من التسامح كما سنرى ، وانظر المجموع ٩ : ٣٢٦ — ٣٢٧ .

(٣) عبر محمد فى بعض الأماكن « بلا يجوز » الأصل ٦٦ و ٩٤ .

(٤) المهذب ١ ، ٢٦٦ ، والمغنى ٤ : ٢٠٩ ، والبحر الزخار ٣ : ٣٢٢ .

(٥) المهذب ١ : ٢٦٦ ، والمغنى ٤ : ٢٠٩

(٦) البدائع ٥ : ١٤٨ ، والمبسوط ١٢ : ١٩٤

(٧) البدائع ٥ : ١٣٨ ، والمبسوط ١٢ : ١٩٤

وأظهر هذه الوجوه عندى : الوجه الأول .

رأى المالكية فى بيع لبن الغنم :

يجوز عند المالكية شراء لبن غنم معينة ، وذلك يكون على طريقتين ولكل طريقة شروط :

الطريقة الأولى : أن يشترط كيلا معلوما من لبن الغنم المسماة ، فهذا جائز بالشروط الآتية :

١ — أن يذكر ما يقبضه كل يوم .

٢ — أن يضرب لذلك أجلا يبقى لبن تلك الغنم إلى مثله .

٣ — أن يشترط من اللبن مقداراً يعلم أن مثل هذه الغنم لا تقصر عنه فى الأغلب .

٤ — أن يشرع فى أخذه (١) .

قال مالك : « من اشترى . . . . لبنا من غنم مسماة إنه لا بأس بذلك ، إن كان يؤخذ عاجلا يشرع المشترى فى أخذه عند دفعه الثمن ، وإنما مثل ذلك بمنزلة راوية زيت يبتاع منها رجل بدينار أو دينارين ويعطيه ذهبه ، ويشترط عليه أن يكيل له منه ، فهذا لا بأس به ، فإن انشقت الراوية فذهب زيتها فليس للمبتاع إلا ذهبه ، ولا يكون بينهما بيع » (٢) .

الطريقة الثانية : أن يشترى لبن الغنم المسماة أجمع ، وهذا جائز أيضا بالشروط الآتية :

١ — أن تكون الغنم من السوائم التى لا يختلف لبنها .

---

(١) المنتقى ٤ : ٢٤٩ ، وبداية المجتهد ٢ : ١٥٨

(٢) الموطأ ٤ : ٢٤٨ .

٢ — أن يكون الشراء فى إبان اللبن .

٣ — أن يضرب أجل يعلم أن لبنها لا ينقطع إلى مثله .

٤ — أن يكون المتبايعان قد عرفا قدر حلابها حين التبايع ، وذلك لأن قدر لبنها يختلف باختلاف الأعوام ، وقوتها ، وسمنها ، وهزالها ، فيجب أن يعلم قدر ذلك [١] .

بيع لبن الشاة الواحدة :

الأحكام المتقدمة هى فى بيع لبن الغنم المتعددة ، أما بيع لبن الشاة الواحدة فقد اختلف المالكية فى جوازه ، فروى أشهب عن مالك جوازه ، وروى عنه ابن القاسم منعه ، وهو الأكثر وقال أصبغ : إن وقع لم أفسخه إذا كان فى الإبان ، وعرف وجه حلابها ، والغرر فيه وفى العدد سواء .

والفرق بين حكم بيع لبن الغنم الكثيرة والشاة الواحدة على رواية ابن القاسم أن الشاة الواحدة يلحقها التغير بالنقصان والزيادة فيتبين الغرر ، والغنم الكثيرة يحمل بعضها بعضا ، فلا يظهر فى جملتها تغير بزيادة ولا نقصان فيبعد الغرر فيها [٢] .

وممن جوز بيع اللبن فى الضرع الحسن ، وسعيد بن جبير ، ومحمد ابن مسلمة [٣] .

ترجيح رأى المالكية :

وإنى أرى ترجيح رأى المالكية ؛ لأن الشروط التى اشترطوها من شأنها

---

(١) المنتقى ٤ : ٢٤٩ ، وبداية المجتهد ٢ : ١٥٨

(٢) المصدر السابق

(٣) المغنى ٤ : ٢٠٩

أن تخفف إلى حد كبير من جميع وجوه الغرر الذى فى هذا البيع ، بل وتعدمه بالنسبة لبعضها ، فالطريقة الأولى التى جوز فيها المالكية البيع هى فى ذاتها تباعد بينه وبين الغرر ؛ فإنه مادام الشراء على أساس الكيل فلا غرر يدخله من جهة المقدار ؛ لأنه إذا لم يف اللبن بالكيل المطلوب فإن المشترى يدفع من الثمن بمقدار ماأخذ ، ومع هذا فقد احتاط المالكية لهذا ، فاشترطوا أن يكون المقدار المتفق عليه مما لا تقصر عنه الغنم فى الغالب .

أما الطريقة الثانية ، فإن المالكية خففوا من الغرر الذى يدخلها من جهة الجهل بالمقدار إلى درجة كبيرة، باشتراطهم أن تكون الغنم مما لا يختلف مقدار لبنها ، وأن يكون المتبايعان عرفا مقدار ما تحلبه ، فهذان الشرطان يجعلان هذه الطريقة الثانية فى حكم الطريقة الأولى .

وقد احتاط المالكية فى الطريقتين من الغرر الذى يدخل هذا البيع من جهة الجهل بوجود اللبن — فى حالة شراء أكثر من حلبة — فاشترطوا تعيين مدة يعلم أن لبن الغنم لا ينقطع فيها .

فهذه الضمانات فى نظرى كافية لتصحيح بيع اللبن فى الضرع ، فى الشاة الواحدة، وفى الغنم الكثيرة ، وإن كان الغرر فى بيع لبن الغنم الكثيرة أبعد منه فى بيع لبن الشاة الواحدة للمعنى الذى تقدم فى تأييد رواية ابن القاسم .

أما حديثا النهى عن بيع اللبن فى الضرع، فقد رأيت ما قاله رجال الحديث فيهما ، على أن فى حديث أبى سعيد دليلا واضحا على جواز البيع بالكيل ، فيكون حجة للمالكية على جواز الطريقة الأولى نصا ، وعلى جواز الطريقة الثانية معنى ؛ لأن ما اشترط لصحتها يجعلها فى معنى البيع بالكيل ، وأما حديث ابن عباس فيمكن حمله ، بل يتعين حمله على حديث أبى سعيد .

ب – الجهل بمقدار الثمن

الأمثلة التى ذكرناها سابقا كان الغرر فيها سببه الجهل بمقدار المبيع ، ونذكر فيما يأتى التطبيقات التى أوردها الفقهاء للغرر الناشىء عن الجهل بمقدار الثمن .

١ – البيع بغير ذكر ثمن :

لا يصح عند جمهور الفقهاء البيع بغير ذكر ثمن المبيع فى صيغة العقد ، فلو قال شخص لآخر : بعتك هذه السلعة ، فقال الآخر : قبلت ، فالبيع فاسد[1] .

وقال ابن تيمية: يجوز البيع من غير ذكر الثمن ، ويرجع فى تقدير الثمن إلى السعر المعلوم ، والعرف الثابت ، لأن المرجع فى الأثمان والأجور إلى العرف ، فيكون الثمن الواجب هو ثمن المثل .

ويحتج ابن تيمية لرأيه بما يأتى :

١ – أن الشارع جوز النكاح بلا تقدير مهر ، مع أنه اشترط العوض فيه ولم يشترط الشارع فى البيع إلا التراضى ، والتراضى يحصل بثمن المثل ، فاذا جوز الشارع النكاح بلا تقدير ، فهو بتجويز البيع بلا تقدير ثمن أولى وأحرى ، لأن تقدير ثمن المثل أسهل وأعدل ، فإنه يوجد مثل المبيع كثيرا ، بخلاف المرأة فإن وجود مثلها من نسائها فى صفاتها المقصودة من كل وجه متعذر .

---

(١) تحفة الفقهاء ٢ : ٨٤ ، وإذا قبض المشترى المبيع بإذن البائع ملكه ، ووجب عليه دفع القيمة ، فالبيع بغير ذكر ثمن ينعقد عند الحنفية بالقيمة إذا حصل التسليم. والمجموع شرح المهذب ٩ : ١٧١ ، ولا يفيد هذا البيع الملك أصلا عند الشافعية ، ولو قبضه المشترى كان مضمونا عليه، وفى مذهب الشافعية وجه آخر، هو : أن البيع بغير ذكر ثمن يكون هبة، والأصح عندهم الوجه الأول . وبدائع الفوائد ٤ : ٥٠ والحنابلة كالشافعية فى أن هذا البيع لا يفيد ملكا ، ولو قبض ، بل روى عن أحمد أنه إذا تلفت السلعة فى يد المشترى من غير تفريط ، فلا ضمان عليه .

٢ — ما ثبت فى الصحيح من أن النبى صلى الله عليه وسلم اشترى من عمر بعيره ووهبه لعبد الله بن عمر ، ولم يقدر ثمنه .

٣ — قياسه على الهبة بشرط الثواب ، وهى معاوضة عند الفقهاء ، وقد قالوا بصحتها ، وقياسه على مالو قال شخص لآخر : اعتق عبدك عنى وعلى ثمنه ، فإن هذا معاوضة بثمن المثل ، وهو صحيح عند عامة الفقهاء .

ثم تساءل ابن تيمية بعد ذلك : هل هذا عقد لازم بمجرده ، أم لا يلزم إلا إذا قدر العوض ، وأنه قبل ذلك لكل منهما الفسخ ، لأنه لم يرض الرضا التام ؟

وأجاب : بأن هذا فيه نظر ، ثم قال : « والذى ينبغى أن هذا عقد لازم إذا تفرقا عن تراض ، لأن هذا رضا بما يرضى به الناس فى العادة . . وهذا قياس لزوم النكاح إذا رضيت بمهر المثل »[١] .

وقد تبع ابن القيم شيخه ابن تيمية فأجاز البيع من غير ذكر ثمن[٢] .

٢ — البيع بسعر السوق ونحوه :

لايجوز البيع عند جمهور الفقهاء إذا قال المشترى للبائع : اشتريت هذه السلعة بسعر السوق ، أو بما ينقطع به السعر ، أو بما يبيع الناس ، أو بما بعتها به ، أو بما باعها ، أو اشتراها فلان ، أو بما يعطى فيها ، أو بقيمتها ، أو برقمها[٣]

---

(١) نظرية العقد ١٦٤ و ١٧٢ وفيه : قياس المنصوص عن أحمد أن المعاوضة تصح بغير تقدير العوض ، ثم إن تراضيا بعوض ، وإلا ترادا ، وإن فاتت العين فالقيمة .

(٢) بدائع الفوائد ٤ : ٥٠ ، وإعلام الموقعين ٤ : ٣ و ٤ .

(٣) قال ابن عابدين : الرقم بسكون القاف علامة يعرف بها مقدار ما وقع به البيع من الثمن ٤ : ٣٩ وانظر ص ٢١٤ منه . وقال النووى بيع السلعة برقمها ، أى بالثمن الذى هو مرقوم به عليها ، المجموع ٩ : ٣٢٣ ، ومثله فى المغنى ٤ : ١٨٧ ، فمعنى بيع السلعة برقمها بيعها بالثمن المكتوب عليها .

إذا لم يكن معروفا لهما ، وذلك لأن الثمن فى كل هذه الحالات مجهول وقت العقد ، وهذا من الغرر الذى يمنع صحة العقد . فممن منع هذا البيع ، الحنفية غير أنهم نصوا على جواز البيع بمثل ما يبيع الناس فى الأشياء التى لا تتفاوت كالخبز ، واللحم[١] . ومنهم المالكية ، غير أنهم نصوا على جواز بيع الاستنابة والاسترسال ، وهو أن يقول الرجل للرجل : اشتر منى سلعتى كما تشترى من الناس فإنى لا أعلم القيمة فيشترى منه بما يعطيه من الثمن . ولا فرق بين البيع والشراء فى هذا[٢] . ومنهم الشافعية[٣] ، والحنابلة[٤] وقد نصوا كالمالكية على

---

(١) الأصل ٨٩ر٩٠ر١٣٠ والبدائع ٥ : ١٥٨و١٧٨ . والهداية مع فتح القدير والعناية ٥ : ٨٢ — ٨٣ وابن عابدين ٤ : ٢٨٧و٣٩ قال محمد فى الأصل : وإذا اشترى عدل زطى أو جراب هروى بقيمته ... فالبيع فى هذا فاسد لا يجوز ، لأنه اشترى بما لا يعرف ، وذلك كما يقول الكاسانى ، لأن القيمة تختلف باختلاف المقومين .

ويرى الحنفية أن المشترى إذا علم مقدار الثمن فى المجلس فرضى به يجوز البيع ، لأن المانع من الجواز هو الجهالة عند العقد وقد زالت فى المجلس فصار كأنه كان معلوما عند العقد ، أما إن لم يعلم حتى تفرقا تقرر الفساد .

(٢) المدونة ٩ : ١٥٤و١٠ : ١٢٤ . والمقدمات الممهدات ٢ : ٢٧٦ ، والمنتقى ٤ : ٢٢و٥ : ٤١ ، والقوانين الفقهية ٢٤٨ ، والدسوقى على الشرح الكبير ٣ : ٤٩و١٣٨ ، والحطاب ٤ : ٤٧٠ ، قال مالك : « ولا بأس أن يضع الرجل عند الرجل درهما ، ثم يأخذ منه بربع أو بثلث أو بكسر معلوم سلعة معلومة ، فإذا لم يكن فى ذلك سعر معلوم ، وقال لرجل: آخذ منك بسعر كل يوم ، هذا لا يحل ، لأنه غرر يقل مرة ويكثر مرة ولم يفترقا على بيع معلوم » الموطأ مع المنتقى ٥ : ١٥ .

(٣) المهذب ١ : ٢٦٦ والأصح فى مذهب الشافعية أنه مادام المتبايعان يجهلان الثمن وقت العقد أو يجهله أحدهما فالبيع لا يصح ولو علماه فى المجلس ، وفى المذهب وجه بصحة البيع إذا علما الثمن قبل تفرقهما من المجلس . وحكى الرافعى وجهاً ثالثاً : أن البيع يصح مطلقا للتمكن من معرفة الثمن كما فى بيع الصبرة كل صاع بدرهم فإن البيع يصح ، وإن كانت جملة الثمن فى الحال مجهولة . قال النووى وهذا ضعيف شاذ . المجموع ٩ : ٣٣٣ .

(٤) المغنى ٤ : ١٨٧ر١٩٠ قال ابن قدامة : ومتى باعه السلعة برقمها ولا يعلمانه أو جهل ذلك أحدهما ... فالبيع باطل ، لأن العلم بالثمن شرط لصحة البيع ، فلا يثبت بدونه ، وقد نقل ابن قدامة عن طاوس أنه كره البيع بالرقم ، ولو كان معلوما لهما حال العقد .

جواز بيع المسترسل[١]. ومنهم الظاهرية[٢]. وجوز ابن الجنيد من علماء الجعفرية أن يقول البائع للمشترى : بعتك هذه السلعة بالسعر الذى بعت به ، وإن كان المشترى يجهل ذلك السعر[٣] .

ويدخل تحت البيع بسعر السوق ما تعارف عليه الناس من أن المرء يأخذ ما يحتاج إليه كل يوم ممن يتعامل معه من بقال أو لحام أو فاكهى، ولا يتفقان على ثمن وقت الأخذ ، ثم يحاسبه عند أول الأسبوع أو الشهر ، ويعطيه ثمن ما أخذه حسب سعر السوق فى كل يوم[٤] . فهذه المعاملة ممنوعة عند أكثر الفقهاء كما رأينا .

وقد جوز متأخرو الحنفية هذه المعاملة استحسانا ، وأطلقوا عليها اسم بيع الاستجرار . قال ابن نجيم : « ومما تسامحوا فيه وأخرجوه عن هذه القاعدة[٥] ما فى القنية : الأشياء التى تؤخذ من البياع على وجه الخرج كما هو العادة من غير بيع كالعدس والملح والزيت ونحوها ، ثم اشتراها بعد ما انعدمت، صح ، فيجوز بيع المعدوم هنا »[٦] . وقال الحصكفى : ما يستجره الإنسان من البياع إذا حاسبه على أثمانها بعد استهلاكها جاز استحسانا[٧] .

وقد اختلف علماء الحنفية فى طريقة تخريج هذه المعاملة، فهى عند ابن نجيم

---

(١) الشرح الكبير على المقنع ٤ : ٧٩ .

(٢) المحلى ٩ : ١٥و٢٣ .

(٣) مفتاح الكرامة ٤ : ٢٢٥ .

(٤) وهو ما يعرف اليوم باسم الحساب الجارى .

(٥) يريد قاعدة النهى عن بيع المعدوم .

(٦) البحر الرائق ٥ : ٢٥٩ .

(٧) الدر المختار بهامش ابن عابدين ٤ : ١٦

من بيع المعدوم ولكن تسومح فيها،وعند بعض الفضلاء ليست من بيع المعدوم وإنما هى من باب ضمان المتلفات بإذن مالكها عرفا ، تسهيلا للأمر ، ودفعا للحرج ، كما هى العادة . وخرجها بعضهم على قرض الأعيان ، ويكون ضمانها بالثمن استحسانا ... وخرجها فى النهر ، على أنها بيع بالتعاطى ، ولا يحتاج إلى بيان الثمن ، لأن المأخوذ ثمنه معلوم .

قال ابن عابدين : « وهذا ظاهر فيما كان ثمنه معلوما وقت الأخذ ، مثل الخبز واللحم ، أما إذا كان ثمنه مجهولا فإنه وقت الأخذ لاينعقد بيعاً بالتعاطى لجهالة الثمن ، فإذا تصرف فيه الآخذ وقد دفعه البياع إليه برضاه ليتصرف فيه على وجه التعويض عنه لم ينعقد بيعا ، وإن كان على نية البيع ، لأن البيع لا ينعقد بالنية ، فيكون شبيه القرض المضمون بمثله أو قيمته، فإذا توافقا على شيء بدل المثل والقيمة برئت ذمة الآخذ ، ولكن يبقى الإشكال فى جواز التصرف فيه إذا كان قيميا ، لأن قرض القيمى لايصح ، فيكون تصحيحه هنا استحسانا كقرض الخبز والخميرة ، ثم قال ابن عابدين : ويمكن تخريجه على الهبة بشرط العوض ، أو على المقبوض على سوم الشراء[1] » .

وجوز الإمام أحمد هذا البيع كما رواه عنه ابن تيمية فقد جاء فى نظرية العقد : نص أحمد على أنه يجوز أن يأخذ بالسعر من الفامى وغيره[2] .

أما ابن تيمية فقد توسع فى جواز هذه البيوع وأمثالها ما لم يسم فيه مقدار الثمن ، فهو يرى أن اشتراط تسمية مقدار الثمن ، من التعقيدات التى لا أصل

---

(١) ابن عابدين ٤ : ١٦ و ١٧ وقد اعترض على جميع هذه التخريجات : والمسألة على أى حال ، ليست قياسية عندهم وإنما جازت استحسانا .

(٢) نظرية العقد ١٦٤ والفامى بائع الفوم ، وهو الثوم ، والحنطة ، والحمص ، والخبز ، وسائر الحبوب التى تخبز ، كما فى القاموس المحيط ، وهو البقال ، كما يقول ابن تيمية ١٢٢ .

لها فى كتاب ولا سنة ولا أثر عن الصحابة ولا قياس ، وليس عليها عمل المسلمين قديما ولا حديثا ، ولا مصلحة فيها[1] وقد رأيناه لهذا يجوز البيع بغير ذكر الثمن ، وسنراه هنا يجوز البيع بالسعر المعروف ، وبما يبيع به البائع للناس ويعتبره أقرب إلى تحقق الرضا ، الذى هو الشرط فى البيع ، من المماكسة ، ويقول : « إن على هذا عمل المسلمين دائما لا يزالون يأخذون من الخباز الخبز ومن اللحام اللحم ، ومن الفامى الطعم ، ومن الفاكهى الفاكهة ولا يقدر المتبايعان الثمن ، بل يتراضيان بالسعر المعروف ، ويرضى المشترى بما يبيع به البائع لغيره من الناس ، وهذا هو المسترسل ، وهو الذى لا يماكس ، بل يرضى بما يبتاع به غيره وإن لم يعرف قدر الثمن ، فبيعه جائز إذا أنصفه ، فإن غبنه فله الخيار » .

ثم يمضى فيقول : « ولم يشترط فى التبايع إلا التراضى ، والتراضى يحصل من غالب الخلق بالسعر العام ، وبما يبيع به عموم الناس أكثر ممن يماكس عليه وقد يكون غبنه ، ولهذا يرضى الناس بتخبير[2] الثمن أكثر مما يرضون بالمساومة ، لأن هذا بناء على خبرة المشترى لنفسه ، فكيف إذا علم أن عامة الناس يشترون بهذا الثمن ؟ فهذا مما يرضى به جمهور الخلق . ومن قال : هذا بيع باطل فقوله فاسد مخالف للنص ، وللقياس ، وللمعقول ، وليس هذا من الغرر الذى نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم »[3] .

ثم يأتى ابن القيم فيسير فى طريق شيخه ، ويقرر أن القول بالجواز هو الصواب المقطوع به ، وهو عمل الناس فى كل عصر ، ويرى أن حاجة الناس

---

(١) نظرية العقد ١٧٢ .

(٢) أى الإخبار بالثمن محدداً .

(٣) نظرية العقد ٦٥ .

إلى هذه المعـاملة تجرى مجرى الضرورة ، وما كان هكذا لا يجيء الشرع بمنعه ألبتة ، ويقول عن الذين يمنعونها : إنهم كلهم ، إلا من شدد على نفسه ، يفعل ذلك ، ولا يجد منه بداً ، وهو يفتى ببطلانه [١] .

٣ — البيع بحكم احد المتابعين أو بحكم اجنبى

لا يجوز البيع إذا ترك تقدير الثمن للبائع أو للمشترى أو لأجنبى ، فلو قال : بعتك هذه السلعة بما تريد أو بما تحـكم به أو بما يحكم به فلان لا يصح البيع ، لأن الثمن مجهول فإنه لا يدرى بماذا يحـكم .

ويصح البيع عند الحنفية إذا علم الثمن فى المجلس ، ورضى به المتبايعان .

وقال ابن القاسم : إذا قال البائع للمشترى : بعتك هذه السلعة بما شئت ، ثم سخط ما أرسل إليه ، فإن أعطاه القيمة لزمه البيع .

وورد فى رواية شاذة عند الإمامية جواز تحـكيم المشترى ويلزمه الحـكم بالقيمة فما زاد [٢] .

٤ — بيع التولية والمرابحة والوضيعة [٣]

هذه أنواع من البيع يتعامل بها الناس ، وهى بيوع صحيحة ، لـكن بشرط

---

(١) إعلام الموقعين ٤ : ٣ و ٤ وبدائع الفوائد ٤ : ٥٠ — ٥٢ .

(٢) الأصل ٨٩ وفتح القـدير ٥ : ٨٢ و ٨٣ . والبدائع ٥ : ٤٨ و ١٧٨ . والمنتقى ٥ : ٤١ والقوانين الفقهية ٢٤٨ والدسوقى على الشرح الكبير ٣ : ٤٩ والروضة البهية ١ : ٢٨٥ .

(٣) البيع إما أن يـكون عن طريق التفاوض بين البائع والمشترى من غير نظر إلى رأس المال الذى قامت به السلعة على البائع ، ويسمى بيع المساومة ، وإما أن يـكون على أساس رأس المـال ويسمى بيع الأمانة ، وفى بيع الأمانة قد يـكون البيع برأس المـال فقط ويسمى تولية ، إذا أخذ المشترى كل السلعة ، أما إذا أخذ جزءاً منها بمـا يقابله من الثمن فيسمى إشراكا . وقد يكون بربح معلوم ، ويسمى مرابحة وقـد يكون بخسارة معلومة ويسمى =

معرفة رأس المال والربح والخسارة[1] .

فلو قال : بعتك هذه السلعة برأس مالها أو بما قامت على، أو بما اشتريتها به من غير أن يبينه فهذه تولية فاسدة ، ولو قال: بعتك هذه السلعة بربح عشرة قروش أو بخسارة عشرة قروش ، ولم يذكر رأس المال ، فهى مرابحة فاسدة ووضيعة فاسدة ، لأن رأس المال مجهول للمشترى . وكذلك لا يصح البيع إذا كان قدر الربح أو الوضيعة مجهولا ، كما لو قال له: بعتك هذه السلعة برأس مالها وهو مائة وتربحنى شيئاً ، أو وأضع لك منها شيئا[2] .

= وضيعة ومواضعة ومحاطة ومخاسرة . انظر تقسيم ابن رشد فى المقدمات الممهدات ٢ : ٢٦٥ .

(١) ابن عابدين ٤ : ٢١١ ، والدسوق على الشرح الكبير ٣ : ١٥٩ ، والمقدمات الممهدات ٢ : ٢٧٦ ، ونهاية المحتاج ٣ : ١٦٢و١٦٥و١٦٦ ، والمغنى ٤ : ١٧٩و١٨٧ و١٨٩و١٩١ والبحر الزخار ٣ : ٣٧٧ ، والروضة البهية ١ : ٣١٧ .

وبيع المرابحة خلاف الأولى عند المالكية كما فى الشرح الكبير ، ويقول ابن رشد: البيع على المكايسة والمماكسة أحب الى أهل العلم وأحسن عندهم . وعند الشافعية بيع المساومة أولى من بيع المرابحة ، ولكن لا كراهة فى بيع المرابحة . ويقول الإمام أحمد : والمساومة عندى أسهل من بيع المرابحة . وذلك لأن بيع المرابحة تعتريه أمانة واسترسال من المشترى ويحتاج فيه إلى تبيين الحال على وجهه ، ولا يؤمن هوى النفس فى نوع تأويل أو غلط فيكون على خطر وغرر ، وتجنب ذلك أسلم وأولى .

(٢) إذا علم المشترى مقدار رأس المال فى المجلس فهو بالخيار ، عند الحنفية ، بين إمضاء البيع وتركه ، لأن الرضا لم يتم قبل العلم ، فإن لم يعلم إلى انتهاء المجلس تقرر الفساد . ابن عابدين ٤ : ٢٢٠ . وتصح التولية عند المالكية إذا لم ينص فيها على الإلزام ، ولو لم يذكر الثمن ، بل ولو لم يذكر المبيع أيضا ، ويكون المشترى بالخيار ، وذلك لأنها من باب المعروف . الشرح الكبير للدردير ٣ : ١٥٦ — ١٥٨ .

ومن شروط صحة بيع المرابحة عند المالكية أن يبين البائع ما دفعه فى السلعة تفصيلا فإن لم يفصل بأن قال : قامت على بكذا أو ثمنها كذا ، فالبيع فاسد . الشرح الكبير للدردير ٣ : ١٦١ — ١٦٣ . والمقدمات الممهدات ٢ : ٢٦٦ .

جعل الربح نسبة فى المائة(١)

إذا قال : بعتك هذه السلعة برأس مالى فيها وهو ألف ، وأربح فى كل مائة عشرة قروش ، فالبيع صحيح عندالحنفية ، إذا كان الثمن الأول مثليا كما فى هذا المثال ، وكان المشترى يعلم جملة ما اشترى به ، فإن لم يكن يعلمه ، ثم علمه فى المجلس خُيِّر ، وإلا فسد البيع ، أما إن كان الثمن قيميا(٢) فلا يصح ؛ لأن الربح يكون مجهولا فى هذه الحالة إذ هو نسبة من الثمن القيمى ، والقيمة مجهولة لأنها إنما تدرك بالحزر والتخمين(٣) . وهو صحيح عند المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، وسعيد بن المسيب ، وابن سيرين ، وشريح ، والنخعى ، والثورى ، وابن المنذر ؛ لأن رأس المال معلوم والجهالة التى فى الربح تمكن إزالتها بالحساب ، فهو كما لو قال : وربح مائة قرش(٤) ، غير أن الحنابلة قالو : إنه مكروه كراهة تنزيه لأنه روى عن ابن عمر وابن عباس كراهته ، ولأن فيه نوعاً من الجهالة ، والتحرز عنها أولى ، وكرهه أيضا مسروق ، والحسن ، وعكرمة ، وسعيد بن جبير ، وعطاء بن يسار(٥)

---

(١) يعبر عنها فى كتب الفقه بالبيع بربح (ده يازده) وده بفتح الدال وسكون الهاء اسم للعشرة بالفارسية ويازده بالياء المثناة التحتية والزاى الساكنة اسم أحد عشر بالفارسية ؛ ومعنى هذا التعبير العشرة بأحد عشر . ابن عابدين ٤ : ٢١٣ والمغنى ٤ : ١٧٩ .

(٢) ينبغى أن يلاحظ أن الحنفية لا يجوزون المرابحة إذا كان الثمن الأول قيميا إلا إذا كان مملوكا للمشترى . انظر ابن عابدين ٤ : ٢١٢ .

(٣) ابن عابدين ٤ : ٢١٣ .

(٤) الدسوقى على الشرح الكبير ٣ : ١٦٢ . وبداية المجتهد ٢ : ٢١٣ ونهاية المحتاج ٣ : ١٦٥ والمغنى ٤ : ١٧٩ والمحلى ٩ : ١٤ وروى ابن حزم عن ابن مسعود جوازه إذا لم يأخذ للنفقة ربحا .

(٥) المغنى ٤ : ١٧٩ و ١٨٠ . وروى ابن حزم عن ابن عباس وابن عمر أنهما قالا : « هو ربا » وعن عكرمة أنه قال : هو حرام . المحلى ٩ : ١٤ وفى البحر الزخار ما يدل على أن ابن عباس ، وابن عمر كرها المرابحة جملة ، لأن فيها تحمل الأمانه فى الثمن والربح .

وقال إسحق : لا يجوز ؛ لأن الثمن مجهول حال العقد ، كما لو باعه بما يخرج به الحساب[1] وقال ابن حزم : لا يحل البيع على أن تربحنى للدينار درهما ... فإن وقع فهو مفسوخ أبدا .. ؛ لأن هذا شرط ليس فى كتاب الله، فهو باطل ، والعقد به باطل ، وأيضا فهو بيع بثمن مجهول ... فهذا بيع الغرر الذى نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم . والمرابحة الجائزة عند الظاهرية ، هى أن يخبر البائع المشترى بأنه اشترى السلعة بكذا وكذا ، وأنه لا يربح معه فيها إلا كذا وكذا[2] .

ولا أرى فى هذا البيع غرراً مطلقا ، فضلا عن أن يكون فيه غرر مفسد للعقد ؛ لأنه ما دام رأس المال معلوما ، والربح نسبة فى المائة منه فإن الثمن يكون معلوما علماً كاملاً ، اذ لا فرق بين قول البائع : بعتك هذه السلعة برأس مالها علىّ ، وهو سبعمائة على أن تربحنى عشرة فى المائة ، وقوله : بعتك هذه السلعة بسبعمائة وسبعين جنيهاً .

٥ — البيع بسعر الوحدة

البيع بسعر الوحدة هو بيع المكيل ، أو الموزون ، أو المذروع أو المعدود كل أردب أو رطل أو ذراع أو واحد بكذا ، كأن يقول شخص لآخر : بعتك هذه الصبرة من القمح كل أردب بثلاثة جنيهات .

ولهذا البيع صور مختلفة ، منها هذه الصورة التى فى المثال الذى ذكرناه ، وهى ما اذا اشترى كل الكمية التى يراها من غير أن يسمى جملة ما فيها بسعر

---

(١) المغنى ٤ : ١٧٩ .وفى البحر الزخار ما يفهم منه أن المرابحة غير مشروعة جملة عند إسحق ٣: ٣٧٧ .

(٢) هذا البيع صحيح لازم عند الظاهريه ، ولو تبين كذب البائع ، لأن كذبه معصية لا أثر لها فى البيع المحلى ٩ : ١٤ .

الوحدة ، وهذه هى الصورة الغالبة فى التعامل ، وهى التى نريد بيان حكمها[1] .

اختلف أئمة الحنفية فى حكم هذا البيع، فقال الصاحبان : البيع صحيح لازم سواء كان المبيع مكيلا أو موزونا ، أو مذروعا، أو معدودا ، لأن المبيع معلوم بالإشارة إليه ، وجملة الثمن ممكن الوصول إلى العلم به بعد معرفة مقدار المبيع بكيله مثلا ، فالجهالة التى فى الثمن بيد كل من البائع والمشترى إزالتها ، أو بعبارة أخرى : ممكنة الرفع والإزالة ، ومثل هذه الجهالة لا تمنع صحة العقد ، لأنها لا تفضى إلى المنازعة ، فهى كالجهالة التى فى بيع ثوب من ثوبين على أن يكون للمشترى الخيار ، وكالجهالة التى فى البيع بوزن هذا الحجر ذهبًا[2] .

أما الإمام أبو حنيفة فله تفصيل فى هذا الموضوع ، ورأى يختلف عن رأى الصاحبين ، فإذا كان المبيع مكيلا ، وقال البائع : بعتك هذه الصبرة كل أردب بجنيه فإن البيع يصح ويلزم فى أردب واحد ، ولا يصح فى الباقى ، إلا إذا علم المشترى جملة الأرادب قبل الافتراق ، بأن كالها فى المجلس، فيكون له حينئذ الخيار ، إن شاء أخذ كل أردب بجنيه وإن شاء ترك، وإن لم يعلم حتى افترقا عن المجلس تقرر الفساد ، وذلك لأن جملة الثمن مجهولة حالة العقد جهالة

---

(١) ومنها ما لو باعه كل الصبرة كل أردبين أو ثلاثة بكذا ، ومنها ما لو باعه السلعة وسمى جملة المبيع وسعر الواحد أو سعر الاثنين ، ومنها ما لو باعه بعض السلعه كل وحدة منها بكذا ، من غير تسمية البعض ، كأن يشترى منه ما يحتاج إليه الميت من كفن من هذا الثوب كل ذراع بكذا ، ومنها ما لو باعه السلعة مع ظرفها كالسمن ، كل رطل بدرهم . انظر البدائع ٥ : ١٥٩ و١٦٢ والدسوقى على الشرح الكبير ٣ : ١٥ و١٦ والمجموع ، شرح المهذب ٩ : ٣١٣ — ٣١٦ — ٣١٧ ، والمغنى ٤ : ١٢٨ — ١٣١ : والبحر الزخار ٣ : ٣٢٧ — ٣٢٩ .

(٢) البدائع ٥ : ١٥٨ و ١٥٩ والهداية مع فتح القدير ، والعناية ٥ : ٨٨ — ٨٩ .

تفضى إلى المنازعة ، لأن البائع يطلب تسليم الثمن أولا وهو غير معلوم ، نظير هذا ما إذا باع الشيء برقمه .

وإنما صح البيع فى أردب واحد،لأن المانع من الصحة جهالة الثمن لكونها مفضية إلى المنازعة ، وجهالة أردب من صبرة لا تفضى إلى المنازعة فلا تمنع من صحة البيع ، ألا ترى أنه لو اشترى أردبا من هذه الصبرة ابتداء جاز ، ولما تعذر العمل بكلمة «كل» صرفت إلى الخصوص ، لأنه ممكن ، وذلك تمشيا مع الأصل المعروف فى صيغة العام إذا تعذر العمل بعمومها ، فإنها تصرف إلى الخصوص ، إذا أمكن الصرف إليه .

ولأبى حنيفة فى هذا قاعدة تقول :

« إن جملة الثمن إذا كانت مجهولة عند العقد فى بيع مضاف إلى جملة فالبيع فاسد إلا فى القدر الذى جهالته لا تفضى إلى المنازعة[1] » .

وإذا كان المبيع من المذروعات ، فقال البائع : بعتك هذا الثوب أو هذه الدار كل ذراع بكذا ، فالبيع فاسد فى الكل ، إلا إذا علم المشترى جملة الذرعان فى المجلس فله الخيار ان شاء أخذ وان شاء ترك ، وإن لم يعلم حتى تفرقا تقرر الفساد .

وعلة الفساد كما جاء فى الأصل « أنه لا يدرى ماجاعة الثمن ، وأن بعض الدار أفضل من بعض[2] » .

---

(١) المصادر السابقة ، وانظر الزيلعى ٤ : ٥ ففيه أن البيع يجوز عند الإمام فى أردب واحد ويثبت للمشترى الخيار لتفرق الصفقة . وهذا مخالف لما فى البدائع من أن البيع يجوز ، ويلزم فى أردب واحد .

(٢) انظر أى ضرر فى كون بعض الدار أفضل من بعض مادام البيع يتناولها كلها .

وإنما فسد البيع هنا فى الكل ولم يصح فى ذراع واحد كما فى حالة المكيلات؛ لأن جهالة ذراع من ثوب جهالة مفضية للمنازعة ، ألا ترى أنه لو باع ذراعا من ثوب لايجوز ابتداء[1] ، فقد تعذر العمل هنا بعموم كلمة « كل »، ولم يمكن حملها على الخصوص ففسد البيع فى الكل بخلاف الحال فى المكيلات ، حيث أمكن صرف العموم إلى الخصوص[2] .

وإذا كان المبيع من الموزونات ؛ فإن كانت مما لا يضرها التبعيض كالزيت ، فإن البيع يجوز فى رطل واحد كما تقدم فى المكيلات ، وإن كانت مما يضرها التبعيض كالمصوغ من الأوانى ، فالبيع فاسد فى الكل ، إلا إذا علم المشترى جملتها فى المجلس فله الخيار[3] .

وإن كان المبيع من العدديات المتقاربة ، كالجوز ، واللوز صح البيع فى واحد منها ، كما هو الحال فى المكيلات ، أما إن كان من العدديات المتفاوتة ، كالأغنام ، بأن قال : بعتك هذا القطيع من الغنم كل شاة بجنيه ، فالبيع فاسد فى الكل[4] .

وقال الأئمة الثلاثة : الإمام مالك[5] والإمام الشافعى[6] والإمام

---

(١) هذا مبنى على أن الثوب مختلف أجزاؤه ولهذا كان الفقهاء قديما يعتبرون الثياب من من القيميات ، أما الآن فلا وجه لمنع بيع ذراع من ثوب لأن أجزاء الثوب كلها سواء ، وعلى هذا فلا يكون هناك فرق بين بيع الصبرة من القمح كل أردب بكذا ، وبيع الثوب كل ذراع بكذا .

(٢) البدائع ٥ : ١٥٩ والأصل ٨٧ و ٨٨ .

(٣) البدائع ٥ : ١٥٩ .

(٤) البدائع ٥ : ١٥٩ والأصل ٨٧ .

(٥) الدسوقى على الشرح الكبير ٣ : ١٤ — ١٦ . القاعدة عند المالكية أن الجهالة المضرة هى جهالة الجملة والتفصيل معا ، أو جهالة التفصيل فقط ، أما جهالة الجملة فقط فلا تضر .

(٦) المهذب ١ : ٢٦٦ قال الشيرازى: «وإن قال : بعتك هذا القطيع كل شاة بدرهم =

أحمد[١] والشيعة الزيدية[٢] يجوز هذا البيع في الكل كرأى الصاحبين .

ومنع الظاهرية هذا البيع مطلقا ، وروى ابن حزم ، عن سفيان الثوري أنه بيع مكروه[٣] .

ورأى الصاحبين ومن معهما أولى بالقبول من رأى الإمام أبي حنيفة والظاهرية ، لأن ما احتج به لرأى الإمام من أن هذه الجهالة تفضي للمنازعة ؛ لأن البائع يطالب تسليم الثمن أولا ، والثمن غير معلوم ، فيقع النزاع ، حجة غير سليمة ؛ لأنه لا يتصور أن يطالب البائع المشترى بالثمن ، إلا بعد أن يكيل الصبرة ، ويعرف مقدار ما يطالبه به من الثمن ، وحينئذ يصبح الثمن

= أو هذه الصبرة كل قفيز بدرهم ، وهما لا يعلمان مبلغ قفزان الصبرة ، وعدد القطيع صح البيع لأن غرر الجهالة ينتفى بالعلم بالتفصيل كما ينتفى بالعلم بالجملة » ، فالشافعية كالمالكية لا تضر عندهم جهالة الجملة وحدها . وانظر المجموع شرح المهذب ٩ : ٣١٣ و٣١٦ و ٣١٧ .

(١) المغنى ٤ : ١٢٨ - ١٣١ قال الخرقى « وإذا اشترى صبرة كل مكيلة منها بشىء معلوم جاز » . وقال ابن قدامة « لأن المبيع معلوم بالمشاهدة والثمن معلوم لإشارته إلى ما يعرف مبلغه بجهة لا تتعلق بالمتعاقدين ، وهو أن تكال الصبرة ويقسط الثمن على قدر قفزانها ، فيعلم مبلغه ، فجاز كما لو باع ما رأس ماله اثنان وسبعون مرابحة لكل ثلاثة عشر درهما درهم فإنه لا يعلم في الحال وإنما يعلم بالحساب ، كذا ههنا » .

(٢) البحر الزخار ٣ : ٣٢٧ — ٣٢٩ قال المرتضى : « فلو قال بعتك الصبرة كل من بدرهم صح ، إذ لا جهالة ، ويخير لمعرفة قدر الثمن » ، ومعنى هذا أن البيع عندهم صحيح غير لازم .

(٣) المحلى ٩ : ٢٠ قال ابن حزم : « ولا يحل بيع جملة مجهولة القدر على أن كل صاع منها بدرهم ، أو كل رطل منها بدرهم ، أو كل ذراع منها بدرهم ، أو أصل منها أو كل واحد بكذا وكذا ، وهكذا في جميع المقادير والأعداد ، لأن هذا بيع بثمن مجهول لا يدرى البائع ما يجب له ، ولا المشترى ما يجب عليه حال العقد ، وقد قال الله تعالى « يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » النساء ٢٩ والتراضي لا يمكن إلا في معلوم ، فهو أكل مال بالباطل وبيع غرر » . ولا مانع عند الظاهرية من بيع الجملة كلها بثمن معلوم على أن فيها كذا وكذا ، فان وجدت كما ذكر صح البيع وإلا فهو مردود .

معلوما للجانبين، فلو امتنع المشترى بعد ذلك كان امتناعه مطلامنه ، لاالمنازعة المفسدة للعقد[١] .

الجهالة التى تجعل العقد غير لازم :

هناك نوع من جهالة المقدار لا تفسد البيع ، ولكن تجعله غير لازم فقط بالنسبة للمشترى ، إذا كانت الجهالة فى مقدار المبيع،وبالنسبةللبائع إذا كانت الجهالة فى مقدار الثمن .

ومن أمثلة ذلك :

البيع بإناء مجهول القدر :

إذا بيعت المكيلات أو الموزونات بمكيال لا يعرف مقداره أو بوزن حجر لا يعرف مقداره ، فإن البيع لا يكون لازما بالنسبة للمشترى،فله الخيار بعد الكيل ، أو الوزن ، ويسمى خيار كشف الحال ، وذلك ، لأن البيع فى المكيلات والموزونات إما أن يكون مجازفة ، أو بذكر القدر ، ففى المجازفة المعقود عليه هو المشار إليه ، ولا معتبر بالمعيار ، وفى غيرها المعقود عليه هو ما يسمى من القدر ، ولم يوجد شىء منهما فى مسألتنا هذه ، لأن البيع ليس مجازفة ، والمكيال اذا لم يكن معلوما لم يسم شىء من القدر. هذا عند أبى حنيفة فى رواية الحسن بن زياد ، ولكن الأصح فى المذهب رواية الجواز ، إذا كان الإناء مما لا يحتمل الزيادة والنقصان كإناء من خشب أو حديد ، لأن الجهالة لا تفضى إلى المنازعة[٢] .

ومثل ذلك مالو اشترى شخص سلعة بوزن هذا الحجر ذهبا فللبائع الخيار

---

(١) وانظر ترجيح الكمال لرأى الإمام فى فتح القدير ٥ : ٨٨ : ٨٩ .

(٢) الهداية مع فتح القدير ٥ : ٨٦ و ٨٧ .

بعد الوزن ، لأن الثمن غير معلوم فهو غير مشار إليه ، وإنما المشار إليه الحجر ، ولا يعلم قدر ما يوزن به من الذهب .

ومثله ما لو اشترى سلعة بما فى هذه الخابية أو العلبة من الدراهم ، فللبائع الخيار إذا رأى الدراهم ، لأن الخابية لا يعرف مقدار ما فيها من خارجها ، ويسمى هذا بخيار الكمية وذلك بخلاف ما لو قال: اشتريت بما فى هذه الصرة من الدراهم ، فلا خيار للبائع ، لأن الصرة يعرف مقدار ما فيها من خارجها[1] .

ويفهم من هذا أنه لا يشترط معرفة العدد على وجه التحديد ، وإنما تكفى المعرفة التقريبية ، لأن الصرة لا تمكن معرفة ما فيها معرفة تامة ، والظاهر أن هذا يكون من قبيل البيع بثمن جزافا . ونص الشيعة الزيدية على جواز الشراء بملء الكف دراهم وإن لم يعلما عددها واعتبروا مشاهدة اليد نافية للجهالة [2].

القانون المصرى

ذكر الثمن :

لا يشترط فى القانون ذكر الثمن فى عقد البيع ما دام المتعاقدان قد اتفقا على الأسس التى يحدد الثمن بمقتضاها ، فقد نصت الفقرة (١) من المادة ٤٢٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التى يحدد بمقتضاها فيما بعد» وهذا هو ما تقضى به القواعد العامة فى الالتزام ، من الاكتفاء بقابلية المحل للتعيين .

البيع بسعر السوق :

ذكرت الفقرة الثانية من المادة (٤٢٣) تطبيقا لهذه القاعدة هو :

---

(١) فتح القدير ٥ : ٨٢ — ٨٤ والبدائع ٥ : ١٥٨و١٧٨ وانظر المدخل للفقه الإسلامى للدكتور محمد سلام مدكور ٤ ٦٥ هامش .

(٢) البحر الزخار ٣ : ٣٢١ .

أما إذا اتفق المتبايعان على أن يكون الأساس هو سعر السوق ، فالثمن هنا غير مقدر ولكنه قابل للتقدير بالرجوع إلى سعر السوق ، فإذا اتفق المتعاقدان على سوق فى مكان وزمان معينين كان سعر ذلك السوق هو المعتبر، أما إذا لم يتفقا على سوق معينة فالعبرة بسعر السوق فى المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشترى ، فاذا لم يكن فى مكان التسليم سوق ، بأن كان قرية صغيرة ليس فيها سوق منظمة وجب الرجوع الى المكان الذى يقضى العرف بأن تكون أسعاره هى السارية ، كأقرب سوق مثلا[1].

هذا وينبغى أن ننبه هنا الى أن كلمة سعر السوق فى القانون يدخل فيها سعر السوق ، وقت العقد ، كما يدخل فيها البيع بسعر السوق فى وقت مستقبل ، بمعنى أن تباع السلعة الآن ، ولكن سعرها يحدد حسب سعر السوق فى أول الشهر مثلا فى مكان معين وهو ما يعرف بالبيع « بالكنتراتو » . أما « سعر السوق » الذى أجاز بعض الفقهاء البيع به ، ونوافقهم على جوازه ، فإنما يعنى سعر السوق فى وقت البيع فقط ، ولا يشمل البيع بسعر السوق فى المستقبل ، فان هذا لا تجيزه قواعد الفقه الإسلامى ، ولا أعلم أحداً من الفقهاء أجازه .

هذا وقد تعرض الأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى فى كتابه « البيوع والمعاملات المالية المعاصرة » ، إلى البيع على « الكنتراتوات » وانتهى إلى أنه جائز شرعا معتمدا على نصوص عامة لبعض الفقهاء ، وأقوى ما اعتمد عليه ما نقله ابن القيم عن بعض الفقهاء من جواز البيع بما ينقطع به السعر ، وواضح من كلام ابن القيم أن المراد السعر وقت العقد لا السعر فى زمن مستقبل ،

---

(١) المادة ٤٢٣ ومذكرة المشروع التمهيدى : مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ : ٢٩ و ٣٣ والوسيط للسنهورى ٤ : ٢٧٥ وشرح العقود المدنية ، للأستاذ الدكتور جميل الشرقاوى ١١٩ و ١٢٠ .

ولا أرى وجها لجواز هذا النوع من البيوع، لاسيما وأنه بيع يرى رجال الاقتصاد منعه، لأن ضرره أكثر من نفعه، وهى طريقة فى البيع انفردت بها مصر دون غيرها من البلاد [1].

البيع بثمن يحدده السعر المتداول فى التجارة أو السعر الذى يجرى عليه التعامل بين المتبايعين :

قد لا يحدد المتعاقدان الثمن فى العقد ولا يعينان الأسس التى يحدد بمقتضاها صراحة، ولكن مع هذا يصح البيع، وذلك ما إذا تبين من الظروف والملابسات التى أحاطت بالعقد أن المتعاقدين تركا تحديد الثمن إلى السعر المتداول فى التجارة، كما يحصل عادة بين التجار، فالثمن هنا قابل للتقدير، ويرجع فى تقديره إلى سعر السلعة المتداول بين التجار، وللقاضى أن يستعين بخبير من التجار فى بيان السعر المتداول بينهم إن لم يتضح له هذا السعر. وكذلك يصح البيع إذا تبين من الظروف أن المتبايعين تركا تحديد الثمن إلى السعر الذى جرى عليه التعامل بينهما، فلو كان بين تاجرين سابق تعامل، بأن اعتاد أحدهما أن يورد إلى الآخر سلعة بسعر معين، أو بسعر يتغير بتغير السوق، فإن استمرار المورد فى توريد السلعة من غير ذكر الثمن يدل على أنهما متفقان ضمنا، على أن يكون الثمن هو هذا السعر المعين أو المتغير، فالثمن هنا كما فى الحالة السابقة قابل للتقدير [2].

---

(١) البيوع والمعاملات المالية المعاصرة ١٨٥ — ١٨٩، والاقتصاد السياسى للأستاذ زكى عبد العال ٢ : ١١٥ و ١١٦ و ١٤١ و ١٤٢.

(٢) المادة ٤٢٤ ونصها: «إذا لم يحدد المتعاقدان ثمنا للبيع فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أن المتبايعين قد نويا اعتماد السعر المتداول فى التجارة. أو السعر الذى جرى عليه التعامل بينهما . ومذكرة المشروع التمهيدى بمجموعة الأعمال التحضيرية ٤ : ٣٣. والوسيط للدكتور السنهورى ٤ : ٣٧٦ و ٣٧٧

ورأى القانون المصرى فى البيع بغير ذكر ثمن متفق مع رأى ابن تيمية، غير أن ابن تيمية توسع فى الجواز أكثر من القانون فجوز البيع مطلقا وأوجب ثمن المثل[(١)] ، فهو فى هذا مطابق للقانون الإنجليزى الذى أوجب دفع ثمن عادل فى حالة عدم الاتفاق على طريقة تحديد الثمن ، أو وجود تعامل سابق يحدد الثمن بمقتضاه[(٢)] .

البيع بثمن يحدده أجنبى :

يصح فى القانون أن يتفق المتبايعان على أن الثمن يترك تحديده لأجنبى واحد ، أو أكثر يعينانه وقت العقد ، أو يتفقان على تعيينه فى المستقبل ، وذلك لأن الثمن هنا وإن لم يقدره المتبايعان إلا أنهما جعلاه قابلا للتقدير ، فإذا قدره ذلك الأجنبى المفوض إليه كان تقديره ملزماً للمتبايعين ؛ ويتم البيع من وقت اتفاقهما على المفوض إليه لا من وقت التقدير .

أما إذا لم يقدر المفوض إليه الثمن بأن امتنع عن التقدير ، أو تعذر عليه تقديره ، فإن البيع يعتبر كأن لم يكن ، وليس للقاضى أن يقوم بالتقدير ولا أن يجبر المفوض إليه على التقدير ، ولو كان امتناعه من غير عذر ، ولكن يستطيع المتبايعان الاتفاق على شخص آخر يقوم بتقدير الثمن ، فإذا قدره اعتبر البيع قد تم من وقت اتفاقهما على هذا المفوض الجديد[(٣)] .

وإذا اتفق المتعاقدان على أن الثمن هو المقدار الذى يعرضه أجنبى على صاحب السلعة ، فإن هذا لا يكون بيعاً ترك فيه تقدير الثمن لأجنبى ، وإنما

---

(١) راجع ص ٢٥٥

(٢) انظر ص ٢٧٥

(٣) الوسيط للدكتور السنهورى ٤ : ٣٧٨ — ٣٨١ وشرح العقود المدنية للأستاذ الدكتور جميل الشرقاوى ١ : ١٢٠ — ١٢٥ .

يكون شرط تفضيل ، يشترط فيه شخص على صاحب السلعة تفضيله على أجنبي يعرض في السلعة ثمنا يرتضيه صاحبها ، فيلتزم له صاحب السلعة بتفضيله على الأجنبي في بيع السلعة له بالثمن الذي يعرضه الأجنبي [1] .

هذا إذا ترك تقدير الثمن إلى أجنبي ، أما إذا ترك تقديره إلى أحد المتبايعين فإن البيع لا يصح ، وذلك لئلا يكون أحدهما تحت رحمة الآخر ، وهذا ما لم تكن عناصر التعيين معروفة ، بحيث لايكون هناك مجال للتحكم ، فتعيين الثمن أو قابليته للتعيين يجب أن يكون متفقا عليه بين المتبايعين ، ولا يصح أن يستقل به أحدهما دون الآخر .

ولهذا ، لايكفي أن يبيع الشيء بما يساويه من القيمة أو بثمن عادل ؛ لأن هذه القيمة هي التي يجب أن تكون محل اتفاق بين المتبايعين [2] .

البيع على أساس الثمن الذي اشترى به البائع :

يجوز أن يتفق المتبايعان على أن يكون الأساس الذي يقوم عليه تقدير الثمن هو الثمن الذي اشترى به البائع ، فيشترى السلعة بمثل ما اشتراها به البائع ، أو أكثر أو أقل [3] .

ولا يشترط القانون ، كما اشترط الفقهاء ، بيان الثمن في العقد ، فيكفي أن يقول : اشتريت منك هذه السلعة ، بمثل ما اشتريتها به ؛ لأن الثمن قابل للتقدير ببيان الأساس الذي يقوم عليه التقدير ، وهو ما اشترى به البائع ، ويجوز كذلك أن يكون الثمن هو ثمن التكلفة مع إضافة ربح معين ،

---

(١) الوسيط للدكتور السنهوري ٤ : ٣٧٠ .

(٢) الوسيط للدكتور السنهوري ٤ : ٣٧٠ ومصادر الحق له ٣ : ٦٦ و ٦٧ .

(٣) يقابل هذا في الفقه الإسلامي بيع التولية والمرابحة والوضيعة .

أو يكون الثمن متوسط الأثمان التى باع بها التاجر فى وقت معين ، أو يكون الثمن على أساس التسعيرة الرسمية[1] .

القانون الإنجليزى :

لا يشترط القانون الإنجليزى لصحة البيع ذكر الثمن فى العقد ، فقد يتفق المتبايعان على ثمن محدد فى عقد البيع ، وقد لا يحدد المتبايعان الثمن ولكن يتفقان على طريقة تحديده ، وقد يحدد الثمن التعامل السابق بين المتبايعين ، وإذا لم يحدد الثمن بطريقة من الطرق السالفة وجب دفع ثمن عادل Reasonable price[2] .

ويجوز فى القانون الإنجليزى ، كما فى القانون المصرى ، أن يتفق الطرفان على أن الثمن يحدده أجنبى ، وإذا لم يستطع هذا الأجنبى تحديد الثمن ، أو لم يرد تحديده فإن العقد يبطل ، إلا إذا كان المشترى تسلم البضاعة أو تسلم جزءا منها وتصرف فيها ، فإن عليه فى هذه الحالة أن يدفع ثمنا عادلا .

---

(١) الوسيط للدكتور السنهورى ٤ : ٢٧١ — ٢٧٥ وشرح العقود المدنية ، للأستاذ الدكتور جميل الشرقاوى ١ : ١١٩ .

(٢) Sect. 8 of the Sale of Goods Act 1893.

لكن ينبغى أن يلاحظ أن عدم الاتفاق على الثمن فى العقد قد يكون دليلا قويا على أن المتبايعين لم يتوصلا إلى عقد بات ، كما حدث فى قضية :

May & Butcher V. The King (1934) 2 K B. 17 n.

وإن كان الحكم فى هذه القضية لم يعتبر قاعدة عامة ، انظر قضية :

Hillas & Co., Ltd. V. Arcos, Ltd. (1932) 38 Com Cases 23.

وقد حكمت محكمة الاستئناف فى اتفاق بتوريد « بترول » بثمن يتفق عليه المتعاقدان بأنه عقد ملزم ، لأنه تبين للمحكمة أن نية المتعاقدين الالتزام بالعقد ، قضية :

Faley V. Classique Goaches, Ltd. (1934) 2 K. B. 1.

وإذا لم يستطع الأجنبي تقدير الثمن بسبب من قبل أحد الطرفين ، فإن للطرف الآخر أن يطالبه بتعويض، وذلك كما إذا منع البائع الأجنبي من الدخول في مكان البضاعة لتقويمها[1] .

قابلية المحل للتعيين بين الفقه الإسلامي والقانون[2] :

تدل أكثر الأحكام التي أوردناها في هذا المبحث على أن الفقه الإسلامي يشترط أن يكون المحل معينا وقت العقد ، ولا يكتفي بقابليته للتعيين ، كما يفعل القانون ، فقد رأينا جمهور الفقهاء يمنع البيع بسعر السوق ، أو بقيمة السلعة ، أو برأس مالها ، أو بما باع، أو اشترى به فلان ، أو بحكم فلان ، ونحو ذلك، ويعللون المنع بأن الثمن مجهول وقت العقد[3] .

ومن الأمثلة التي تدل على عدم الاكتفاء بقابلية المحل للتعيين، ما جاء في مذهب المالكية من أنه لا يصح أن يشترى شخص من هذا الثوب ما يكفيه قميصا مثلا كل ذراع بكذا،وذلك ، كما يقول الدردير : « للجهل بالثمن والمثمن حالا ولم يعتبروا العلم الحاصل في المآل »[4] .

ومنها ما في مذهب الحنابلة من أنه لا يجوز أن يبيع شخص دهنا في ظرف كل رطل بكذا على أن يزن الظرف فيحتسب عليه بوزنه ، ولا يكون مبيعا ، إذا كان وزن الظرف والدهن غير معلوم ؛ لأن هذا ، كما يقول ابن قدامة :

---

(1) Sect. 9 of the Sale of Goods Act 1893. & the Sale of Goods. by P. S. Atiya P. 9-10 .

(٢) انظر ص ٢٠٦

(٣) راجع ص٢٥٦ وما بعدها .

(٤) الشرح الكبير للدردير ٣ : ١٦ .

« يؤدى إلى جهالة الثمن فى الحال »[1] . على أنا نجد بجانب هذه الأحكام أحكاما أخرى تدل على الاكتفاء بقابلية المحل للتعيين : منها ما ذهب إليه الأئمة الثلاثة والصاحبان والشيعة الزيدية من جواز بيع الصبرة من القمح كل أردب بكذا[2].

ومنها ماذهب إليه ابن تيمية ، وابن القيم ، والشافعية فى وجه من صحة البيع بسعر السوق يوم الشراء ونحوه[3].

والذى يظهر لى من تتبع هذه الأحكام المختلفة، أن قابلية المحل للتعيين وحدها لا تكفى لصحة العقد فى الفقه الإسلامى ، وإنما المدار فى الصحة والفساد على عدم الغرر ووجوده ، فالمحل غير المعين وقت العقد القابل للتعيين بعده يصح بيعه ، إذا كان خاليا عن الغرر ، كما فى بيع الصبرة كل أردب بكذا ، ولا يصح بيعه إذا كان فيه غرر ، كما فى بيع السلعة برأس مالها ، ومن هنا كان الخلاف بين الفقه والقانون ؛ لأن القانون يكتفى بقابلية المحل للتعيين من غير نظر إلى وجود الغرر أو عدمه .

---

(١) المغنى ٤ : ١٣٣ .

(٢) راجع ص ٢٦٤ وما بعدها ، وعلى الأخص الخلاف بين الإمام والصاحبين فى هذه المسألة .

(٣) راجع ص ٢٥٩ وهامش ٢٥٧

المبحث السادس

الجهل بالأجل

لاخلاف بين الفقهاء فى اشتراط العلم بالأجل فى البيع المؤجل ثمنه ، وفى أن الجهل بالأجل من الغرر الممنوع فى البيع[1] ، ولـكنهم اختلفوا فى بعض أنواع الجهالة .

ولنتكلم أولا : عن بيع ورد النص بمنعه ، لما فيه من الغرر الناشىء عن الجهل بأجل الثمن هو : بيع حبل الحبلة .

ونتكلم ثانيا : عن آراء الفقهاء فى البيوع المجهولة الأجل .

أ — بيع حبل الحبلة[2]

النصوص :

ورد النهى عن بيع حبل الحبلة فى أحاديث متعددة ، رويت عن عبد الله

---

(١) ابن عابدين ٤ : ٧ ، والمنتقى على الموطأ ٥ : ٢١ ، والمهذب ١ : ٢٢٦ ، والمغنى ٤ : ٢٠٩ و ٢٩٠ ، والمحلى ٨ : ٤٤٤ ، والمختصر النافع ١٤٦ ، وشرح كتاب النيل وشفاء العليل ٤ : ٧٧ و ٤٢٠ ، فى مذهب الإباضية قول ضعيف بجواز البيع إلى الأجل المجهول ، ويكون الثمن حالا يطالب البائع به المشترى متى شاء ، ووجه ضعفه أن الأجل له قسط من الثمن ، فلا يستقيم تصحيح البيع ، وأخذ الثمن عاجلا ، لأن فى هذا إضراراً بالمشترى ، ولهذا كان التحقيق فى المذهب أن كل بيع أجل إلى وقت غير منضبط فهو فاسد .

(٢) الحبل بفتح الحاء والباء ، هو الحمل . والحبلة بفتح الحاء والباء أيضا قيل : هو جمع حابل ككتبة وكاتب ، وقيل : هو مصدر سمى به المحمول كما سمى بالحمل ، وإنما دخلت عليه التاء للإشعار بمعنى الأنوثة فيه ، وقيل التاء للمبالغة . والتحقيق أن حبل يستعمل للآدميات وغيرهن ، لا كما قال بعض أهل اللغة : إنه لا يقال لشىء من الحيوان حبل ، إلا ما جاء فى هذا الحديث . انظر النووى على مسلم ١٠ : ١٥٧ ، وعمدة القارى ١١ : ٢٦٥ ، ونيل الأوطار ٥ : ٢٤٤ ، ولسان العرب.

ابن عباس ، وعبد الله بن عمر ، وجاء فى بعضها تفسير حبل الحبلة ، وأنه من البيوع التى كان متعارفًا عليها فى الجاهلية . وإليك هذه الأحاديث[1] :

١ ــ عن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن حبل الحبلة[2] .

٢ ــ عن عبد الله[3] عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع حبل الحبلة[4]

٣ ــ عن نافع عن عبد الله قال : كانوا يبتاعون الجزور[5] إلى حبل الحبلة ، فنهى النبى صلى الله عليه وسلم عنه ، فسره نافع إلى أن تنتج الناقة ما فى بطنها[6] .

٤ ــ عن عبد الله بن عمر قال : كان أهل الجاهلية يبيعون لحم الجزور بحبل الحبلة ، وحبل حبلة تنتج الناقة ما فى بطنها ، ثم تحمل التى تنتجه. فنهاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك[7] .

٥ ــ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه

---

(١) وفى النهى عن بيع حبل الحبلة أحاديث تقدمت ضمن أحاديث الغرر والمزابنة . انظر ص ٦٠ و ٢١٠

(٢) رواه أحمد . مسند الإمام أحمد ١ : ٢٩١ .

(٣) هو ابن عمر كما فى شرح النووى على مسلم .

(٤) رواه أحمد ، ومسلم ، والترمذى ، وابن ماجه ، وقال الترمذى : حديث حسن صحيح . مسند الإمام أحمد ٢ : ٥ و ١١ و ٦٣ و ٨٠ ، وصحيح مسلم ١٠ : ١٥٧ ، والجامع الصحيح ٣ : ٥٣١ ، وسنن ابن ماجه ٢ : ١٨ .

(٥) الجزور بفتح الجيم وهو واحد الإبل يقال للذكر والأنثى . وحكم غير الجزور مثل حكم الجزور ، فليس ذكره قيداً ، وإنما هو مثال ، مثل به لكثرة الجزور عندهم .

(٦) رواه البخارى . صحيح البخارى مع عمدة القارى ١٢ : ٧١ ، وعبد الله هو عبد الله بن عمر

(٧) مسند الإمام أحمد ٢ : ١٥ ورواه فى موضع آخر بلفظ : عن ابن عمر قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع حبل الحبلة ، وذلك أن أهل الجاهلية كانوا يبيعون ذلك البيع فنهاهم عن ذلك . مسند الإمام أحمد ، ٢ : ٧٦ . ورواه مسلم بلفظ : عن ابن =

وسلم نهى عن بيع حبل الحبلة ، وكان بيعاً يتبايعه أهل الجـاهلية ، وكان الرجل يبتاع الجزور إلى أن تنتج الناقة ، ثم تنتج التى فى بطنها[١] .

تفسير بيع حبل الحبلة :

فسر بيع حبل الحبلة بعدة تفاسير :

التفسير الأول : البيع بثمن مؤجل إلى أن تلد الناقة ما فى بطنها . هـذا تفسير نافع كما فى البخارى[٢] ، وبه أخذ السيد المرتضى[٣] ، وأشار إليه ابن التين ولم ينسبه لأحد[٤] .

التفسير الثانى : البيع بثمن مؤجل الى أن تلد الناقة ما فى بطنها ، ثم تحمل التى نتجتها . ورد هذا التفسير فى حديث ابن عمر عند أحمد ومسلم[٥] ، وبهذا التفسير جزم أبو إسحق فى التنبيه[٦] .

التفسير الثالث : البيع بثمن بمؤجل إلى أن تلد الناقة ما فى بطنها ، ثم تلد التى ولدتها .

ورد هذا التفسير فى حديث ابن عمر عند مالك والبخارى[٧] ، وذكر هذا

= عمر قال : كان أهل الجاهلية يتبايعون لحم الجزور إلى حبل الحبلة ، وحبل الحبلة أن تنتج الناقة ثم تحمل التى نتجت ، فنهاهم الرسول صلى الله عليه وسلم عن ذلك . صحيح مسلم ١٠ : ١٥٧ .

(١) رواه مالك والبخارى. الموطأ بهامش المنتقى ٥ : ٢١ ، وصحيح البخارى ٣ : ٧٠ .

(٢) الحديث رقم ٣ .

(٣) البحر الزخار ٣ : ٢٩٤ .

(٤) نيل الأوطار ٥ : ٢٤٥ .

(٥) الحديث رقم ٤ .

(٦) نيل الأوطار ٥ : ٢٤٤

(٧) الحديث رقم ٥ .

التفسير صاحب لسان العرب ، وقال : إن منه حديث عمر لما فتحت مصر وأرادوا قسمها فكتبوا إليه . فقال : « لا ، حتى يغزو منها حبل الحبلة » أى حتى يغزو منها أولاد الأولاد[١] ،واقتصر مالك على هذا التفسير فى الموطأ[٢] ، وبه قال الشافعى[٣] ، وجزم به ابن عبد البر[٤] ، وهو تفسير الشيعة الإمامية[٥].

وهذه التفاسير الثلاثة متفقة فى أن بيع حبل الحبلة ، هو البيع بثمن مؤجل ، غير أنها مختلفة فى الأجل ، فعلى التفسير الأول هو ولادة الناقة ، وعلى الثانى ولادة الناقة ، وحمل ما ولدته ، وعلى الثالث ولادة الناقة وولادة ما ولدته . ورجح الشوكانى التفسير الثالث ، لأن فيه زيادة[٦] .

التفسير الرابع : بيع ولد الناقة الحامل فى الحال . جاء هذا التفسير فى القاموس المحيط ، ولسان العرب ، وقال النووى : إنه تفسير أبى عبيدة معمر ابن المثنى ، وصاحبه أبى عبيد القاسم بن سلام ، وآخرين من أهل اللغة ، وبه قال أحمد بن حنبل وإسحق بن راهويه[٧] . فالحديث على هذا فى معنى الحديث الذى ينهى عن بيع ما فى بطون الأنعام والحديث الذى ينهى عن بيع

---

(١) يريد حتى يكثر المسلمون فيها بالتوالد ، فإذا قسمت لم يكن قد انفرد بها الآباء دون الأولاد ، أو يكون أراد المنع من القسمة حيث علقه على أمر مجهول.اهـ لسان العرب .

(٢) الموطأ بهامش المنتقى ٥ : ٢١ .

(٣) المجموع ٩ : ٣٤٠ .

(٤) نيل الأوطار ٥ : ٢٤٤ .

(٥) مفتاح الكرامة ٤ : ١٤٣ .

(٦) نيل الأوطار ٥ : ٢٤٤ .

(٧) النووى على مسلم ١٠ : ١٥٨ ، وانظر المجموع ٩ : ٣٤٠ .

الملاقيح[١] . قال النووى : « وهذا التفسير أقرب إلى اللغة ، لكن الراوى هو ابن عمر ، وقد فسره بالتفسير الثالث ، وهو أعرف ، ومذهب الشافعى ومحقق الأصوليين أن تفسير الراوى مقدم إذا لم يخالف الظاهر »[٢] .

التفسير الخامس : بيع ولد ولد الناقة ، وهذا تفسير أكثر أهل اللغة. فقد ورد فى مختار الصحاح ، والمصباح ، والقاموس المحيط ، ولسان العرب ، ونسبه ابن منظور إلى أبى عبيد ، والشافعى ، والأزهرى ، وأبى منصور ، وابن خالويه ، وابن الأثير . وجاء فى المصباح والقاموس : « كانت الجاهلية تبيع أولاد ما فى بطون الحوامل» ، واقتصر الترمذى على هذا التفسير[٣] ، وقال المرتضى : إنه قول أبى عبيدة[٤] . وهذا التفسير والذى قبله متفقان فى جعل حبل الحبلة مبيعا لا أجلا ، كما فى التفاسير السابقة، غير أن التفسير الرابع يجعل المبيع ولد الناقة ، والتفسير الخامس يجعل المبيع ولد ولد الناقة .

التفسير السادس : بيع حمل الكرمة قبل أن تبلغ ، ذكر هذا التفسير الفيروزابادى فى القاموس المحيط ، وابن منظور فى لسان العرب ، والشيخ محمد ابن يوسف أطفيش[٥] .

والذى أراه : الأخذ بجميع هذه التفاسير ؛ لأن بعضها من راوى الحديث وبعضها تحتمله اللغة . ولا ضرورة للترجيح بينها ؛ لأنه لا تعارض بينها ، لاسيما وأن الفقهاء متفقون على منع بيع حبل الحبلة على أى من هذه التفاسير .

---

(١) انظر ص ١٨١و١٨٣

(٢) النووى على مسلم ١٠ : ١٥٨ .

(٣) صحيح الترمذى ٣ : ٥٣١ .

(٤) البحر الزخار ٣ : ٢٩٤ ، وانظر ما تقدم فى التفسير الرابع عن النووى .

(٥) شرح كتاب النيل ٤ : ٥٨ .

علة المنع :

علة المنع عن بيع حبل الحبلة تختلف باختلاف تفسيره ، فهى :

١ – الجهالة فى الأجل على التفسير الأول والثانى والثالث .

٢ – كون المبيع معدوما أو على خطر العدم ، ومجهولا ، وغير مقدور على تسليمه ، وغير مملوك للبائع على التفاسير الأخرى ، والعلة الجامعة هى الغرر [١] .

ومن البيوع الممنوعة للجهل بالأجل ، والتى ورد النص بمنعها بيع الحصاة على أحد تفاسيره [٢] .

(ب) آراء الفقهاء فى البيوع المجهولة الأجل :

الحنفية :

تاجيل المبيع والثمن العين:

لا يجوز تأجيل المبيع ولا تأجيل الثمن إذا كان عينا ، فلو باع سلعة على أن يسلمها بعد مدة ، أو باع بثمن عين على أن يدفع المشترى الثمن بعد مدة، فالبيع فاسد ولو كان الأجل معلوما [٣] ، وذلك لأن الأجل شرع ترفيها ليتمكن العاقد من الحصول على العوض أثناءه ، وهذا إنما تظهر فائدته إذا كان العوض دينا ، وأما العين فلا فائدة فى تأجيله ؛ لأنه معين حاضر [٤] .

تاجيل الثمن الدين :

أما تأجيل الثمن الدين فجائز ، بشرط : أن يكون الأجل معلوما ؛ وذلك

---

(١) البحر الزخار ٣ : ٢٩٤ ، والنووى على مسلم ١٠ : ١٥٨ : ولسان العرب .

(٢) انظر ص١١٧ والشرح الكبير للدردير ٣ : ٤٩ .

(٣) ابن عابدين ٤ : ٣٠ و ١٦٤ و ١٦٥ .

(٤) الهداية مع فتح القدير ٥ : ٢١٩ .

لقوله صلى الله عليه وسلم : « من أسلف فى تمر فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » ؛ ولأن جهالة الأجـل تفضى إلى المنازعة ، فالبائع يطالب بالتسليم فى مدة قريبة ، والمشترى لا يرغب ذلك[١] .

جهالة الأجل تفسد البيع ولو لم تكن متفاحشة :

الجهالة فى الأجل تفسد البيع ، سواء كانت متفاحشة أو يسيرة ، إذا كان التأجيل مقترنا بالعقد ، فالجهالة المتفاحشة أو المتفـاوتة ما كانت فى الوجود كهبوب الريح ، ومطر السماء ، وقدوم فلان ، والميسرة ونحو ذلك[٢] ؛ لأن فى هذه الآجال غرر الوجود والعدم .

والجهالة اليسيرة أو المتقاربة ما كانت فى التقـدم والتأخر كالحصاد ، والقطاف ، والدياس ، والجزاز[٣] ، وقدوم الحاج ، وخروجهم ، ونحو ذلك ، لأن هذه الآجال مما يتقدم ويتأخر فيؤدى إلى المنازعة . ومن الجهالة اليسيرة البيع بثمن مؤجل إلى النيروز[٤] ، والمهرجان[٥] ، وصوم النصارى ، واليهود ، وفطرهم قبل دخولهم فى صومهم[٦] ، إذا لم يدره المتعاقدان أو أحدهما ، أما

---

(١) الهداية مع فتح القدير ٥ : ٨٣ – ٨٤ وابن عابدين ٤ : ٣٠ .

(٢) ورد التمثيل بالموت فى البدائع ، وهو لا يتفق مع الضابط للجهالة الفاحشة ، لأن الموت معلوم الوجود ، وإنما الجهالة فى وقت وجوده .

(٣) الحصاد للزرع ، والقطاف للعنب ، والدياس للحب وهو دوسه بالقدم . والجزاز هو جز صوف الغنم أو جزاز النخل . فتح القدير ٥ : ٢٢٣

(٤) النيروز أول يوم من فصل الربيع تحل فيه الشمس برج الحمل

(٥) المهرجان بكسر الميم وسكون الهاء : هو أول يوم من فصل الخريف تحل فيه الشمس برج الميزان . والنيروز والمهرجان عيدان للمجوس ، ابن عابدين ٤ : ١٦٤ ، وفتح القدير ٥ : ٢٢٢

(٦) أما البيع إلى فطر النصارى بعد شروعهم فى الصوم فجائز ، لأن الأجل يكون معلوما حينئذ

إذا كان المتبايعان يعلمان هذه الآجال فالبيع صحيح ، لأن المفسد هو الجهالة ، وقد انتفت بعلمهما[١] . فالمدار فى كل هذا على وجود الجهالة وعدمها فإذا وجدت الجهالة لم يصح البيع وإذا انتفت الجهالة بالعلم بهذه الأوقات صح البيع.

ومن جهالة الأجل ما إذا باعه بألف ، على أن يؤدى إليه الثمن فى بلد آخر من غير أن يذكر مدة ، أما إذا ذكر المدة بأن قال : بعتك بألف إلى شهر على أن تؤدى إلى الثمن فى بلد كذا ، فالبيع صحيح ، غير أنه إن كان الثمن لا حمل له ، ولا مئونة ، كان البيع بألف إلى شهر ، وبطل الشرط ، لأن تعيين مكان الإيفاء فيما لا حمل له ، ولا مئونة غير صحيح[٢] . ومنها لو قال : بعت إلى أجل كذا أو كذا[٣] .

البيع مؤجلا من غير ذكر مدة

جهالة الأجل تفسد البيع إذا ذكر المتبايعان أجلا مجهولا، أما إذا لم يذكرا أجلا مطلقا بأن قال البائع : بعتك بجنيه مؤجل ، فالبيع صحيح، ويعتبر الأجل شهراً على ما عليه الفتوى[٤] ، اعتبارا بأقل مدة أجل السلم .

وأرى أن هذا البيع ينبغى ألا يصح، إلا إذا كانت هناك قرينة تعين الأجل كما إذا اشترى موظف يتقاضى مرتبه آخر كل شهر سلعة فى نصف الشهر بجنيه مؤجل ، فإن القرينة هنا تحدد الأجل بآخر الشهر .

---

(١) البدائع ٥ : ١٧٨ و ١٨٧ ، وابن عابدين ٤ : ١٦٤ ـ ١٥٦ والأصل ١١٧ و١١٨ ، وفتح القدير ٥ : ٢٢٢

(٢) ابن عابدين ٤ : ٣٠

(٣) تحفة الفقهاء ٢ : ٦٤

(٤) ابن عابدين ٤ : ٣٠

قابلية الفساد بسبب جهالة الأجل للارتفاع :

إذا كان الفساد بسبب الجهالة اليسيرة ، فإنه يقبل الارتفاع ، إذا أبطل المشترى الأجل قبل محله ، وقبل أن يفسخ العقد للفساد ،فينقلب العقد صحيحا استحسانا . قال محمد فى الأصل : « للمشترى أن يبطل الأجل الفاسد ، وينقد الثمن ، أستحسن هذا وأدع القياس فيه[1] » . أما إذا كانت الجهالة فاحشة فإن الفساد لا يرتفع إلا إذا أبطل الأجل قبل الافتراق ونقد الثمن . هذا عند أئمة الحنفية الثلاثة ، وقال زفر : لا ينقلب العقد جائزا بعد أن انعقد بوصف الفساد ، ولو أبطل الأجل فى المجلس[2] .

التأجيل اللاحق للعقد :

قلنا إن تأجيل الثمن إلى أجل مجهول لايجوز،سواء كانت الجهالة متفاحشة أو متقاربة إذا اقترن التأجيل بالعقد ، أما تأخير الثمن الحال إلى أجل مجهول فلا يجوز إذا كانت الجهالة متفاحشة ، أما إذا كانت متقاربة فيجوز. فلو باع بثمن حال ثم أخر إلى أجل متقارب كالحصاد جاز، ولو أخر إلى أجل متفاحش كهبوب الريح لا يجوز ويبقى الدين حالا والفرق بين الصورتين أن التأجيل فى العقد جعل الأجل شرطا فيه ؛ وجهالة الأجل المشروط فى العقد وإن كانت متقاربة توجب فساد العقد ؛ لأن ما جعل شرطا فى العقد مبناه على المضايقة ، والجهالة فيها وإن قلت تفضى إلى المنازعة .

أما التأخير بعد العقد فمبناه على المسامحة،لأنه تبرع ولهذا جاز إلى الآجال

---

(١) وقد تعرض محمد فى الأصل لهذه البيوع الفاسدة بسبب جهالة أجل الثمن ووصفها تارة البطلان ، وتارة بالفساد ، وتارة بعدم الجواز. انظر الأصل ١١٧ و ١١٨

(٢) البدائع ٥ : ١٧٨ وابن عابدين ٤ : ٣٢ و ١٦٥ - ١٦٦

المجهولة جهالة متقاربة ؛ لأن النـاس يؤخرون الديون إلى هذه الآجال عادة ؛ ولأن الظاهر أنه لا تـكون فيها منازعة ولم يجز للآجال المجهولة جهالة متفاحشة ؛ لأن العادة لم تجر بالتأخير إليها(١) .

المالكية :

الغرر الذى يفسد العقد يدخل الأجل عند المالـكية من ناحيتين: الأولى أن يكون الأجل مجهولا ، والثانية أن يكون بعيدا ، فأما الجهـالة المفسدة فمثل البيع إلى قدوم فلان ، أو إلى موته ، أو إلى نزول المطر أو إلى الميسرة ، أو إلى أن يبيع المبيع ، ونحو ذلك ممـا يختلف اختلافا متباينا تختلف الأغراض باختلافه(٢) ، ويجوز عند المالـكية البيع إلى الحصاد ، أو الجداد ، أو العصير ؛ لأنه معروف ، والعبرة بمعظم الحصاد وكثرته فى البلد الذى تبايعا فيه ، وإذا أخلف الحصاد فى البلد فإن الأجل يحل بحلول أجل الحصاد ، وإن لم يكن لأهل البلد حصاد فى سنتهم(٣) . ويجوز البيع الى خروج الحاج ، لأنه أجل معروف ، كما جاز البيع إلى خروج المصدق بالنص(٤) ، ويجوز كذلك البيع إلى النيروز ، والمهرجان ، والميلاد ، وفصح النصارى وصومهم إذا كان وقته معلوما ، ويجوز

---

(١) البدائع ٥ : ١٧٨ وابن عابدين ٤ : ٣١ و ١٦٥ .

(٢) المنتقى ٥ : ٢١ – ٢٢ و ٤١ — ٤٢ والمقـدمات الممهـدات ٢ : ٢٢٤ والقوانين الفقهية ٢٤٩ .

(٣) المدونة ٩ : ١٥٨ ، والقرطبى ٣ : ٣٤٤ وفيه أن القول بجواز البيع إلى الجـداد والحصاد انفرد به مالك دون الفقهاء بالأمصار .

(٤) جاء فى المدونة عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يجهز جيشا فقال : عبد الله ليس عندنا ظهر ، فأمره النبى صلى الله عليه وسلم أن يبتاع ظهراً إلى خروج المصدق فابتاع عبد الله البعير بالبعيرين وبالأبعرة إلى خروج المصدق بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم . المدونة ٩ : ١٥٨ .

أيضا البيع إلى العطاء ، إن كان له وقت معروف[١] .

وأما البيع إلى الأجل البعيد فإنه مفسد للعقد إذا وصل من البعد حدا يدخله الغرر بسببه ، كالبيع بثمن مؤجل إلى تسعين سنة[٢] .

هذا بالنسبة للأجل فى الديون ، أما الأعيان فقد حكى ابن رشد إجماع العلماء على عدم جواز بيع الأعيان إلى أجل[٣] .

الشافعية :

لا يجوز التأجيل فى البيع إذا كان العوض معينا ، فلو أجل تسليم المبيع أو الثمن المعين ، بأن قال : اشتريت بهذه الدراهم على أن أسلمها فى وقت كذا ، فالعقد باطل[٤] .

وإنما يجوز التأجيل إذا كان العوض فى الذمة ، بشرط أن يكون الأجل معلوما ، لقول الله تعالى : « يأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى

---

(١) المدونة ٩ : ١٥٨ وقد روى جواز البيع إلى العطاء عن ابن عمر ، وعلى بن أبى طالب ، وأمهات المؤمنين ، وعلى بن الحسين ، والشعبى ، وأبى ثور ، وابن المسيب ، والقاسم بن محمد ، وسالم بن عبد الله . المدونة ٩ : ١٥٩ . والمجموع ٩ : ٣٤٠ ، والمحلى ٨ : ٤٤٦ـ٤٤٧ قال ابن جزم بعد أن ذكر بعض روايات الجواز : « كل هذا عن حجاج بن أرطاة وناهيك به ضعفا ، وعن جابر الجعفى وهو دون حجاج ، وعن نوح بن أبى هلال ، ولا أدرى من هو؟» .

وقال ابن أبى ليلى : إذا باع إلى العطاء صح وكان الثمن حالا . المجموع ٩ : ٣٤٠ وانظر المغنى ٤ : ٢٩٠ :

وقال بعضهم: إن العطاء كان لا يتقدم ولا يتأخر فى عهد الخلفاء الراشدين لصدقهم فى صرفه فجاز جعله أجلا فى عهدهم ولم يجز بعده . قال الكمال والظاهر : إنه كان يتقدم ويتأخر قليلا بنحو يوم أو يومين ، ولهذا إختلف فيه الصحابة : فتح القدير ٥ : ٢٢٣ .

(٢) المنتقى ٥ : ٢١ — ٢٢ و ٤١ — ٤٢ .

(٣) بداية المجتهد ٢ : ١٥٦ وانظر رأى ابن تيمية وابن القيم ص ١٤٢ ـ ١٤٤

(٤) المجموع ٩ : ٣٣٩ .

فا كتبوه ... » وقول النبي صلى الله عليه وسلم : « من سلف فليسلف فى كيل معلوم وأجل معلوم»[1] .

ولا بد أن يكون الأجـل معلوما بالأهلة ، لأن الشارع أعلم بها[2] ، قال الشافعى : « ولم يجعل الله علما لأهل الإسلام إلا بها ، فمن أعلم بغيرها فبغير ما أعلم الله أعلم[3] » .

وعلى هذا فلا يصح عند الشافعى البيع إلى العطاء ولا الحصاد ولا الجداد، ولا عيد النصارى ، لأن العطـاء يتأخر ويتقدم ، وكذلك الحصاد والجداد يتأخران ويتقدمان بقدر عطش الأرض وريها وبقدر برد السنة وحرها ، وفصح النصارى يخالف حساب الإسلام وقد يكون عاما فى شهر وعامافى غيره، فلو أجزناه إليه نـكون قد أجزناه إلى أجل مجهول ونـكون كما يقول الشافعى: « قد أعلمنا فى ديننا بشهادة النصارى الذين لا نجيز شهادتهم على شيء ، وهذا عندنا غير حلال لأحد من المسلمين[4] » .

ولا نزاع فى أن الأجدر بالمسلمين أن يعلموا آجالهم بالأهلة ما أمـكن ؛ لأن الله ذكرها فى كتابه الـكريم ، وأخـبر بأنها مواقيت للناس ، ولـكنى لا أرى ذلك أمرا لازما ، يترتب على عدمـه فساد عقود المسلمين ، كما يرى الإمام الشافعى ، لأنه ليس ثمة دليل نقلى ولا عقلى على إلزام المسلمين بذلك ،

---

(١) هكذا ورد الحديث فى الأم ٣ : ٨٤ .

(٢) قال الله تعالى : « يسألونك عن الأهـلة قل هى مواقيت للناس والحج » ، وقال : « شهر رمضان الذىأنزل فيه القرآن »، وقال : « الحج أشهر معلومات » وقال : « يسألونك عن الشهر الحرام ».وقال : « واذكروا الله فى أيام معدودات » . سورة البقرةالآيات رقم ١٨٩ و ١٨٥ و ١٩٧ و ٢١٧ و ٢٠٣

(٣) الأم ٣ : ٨٤

(٤) الأم ٣ : ٨٥

والأدلة التى ساقها الإمام الشافعى تدل على أن الأهلة مواقيت للناس، ولكنها لا تدل على أن المواقيت لا تكون بغيرها .

ومن أجل هذا خالف فقهاء الشافعية إمامهم فى هذه المسألة فاعتبروا الأهلة وغيرها مما يعرفه الناس أجلاً معلوماً ، فيجوز عندهم التأقيت بشهور الفرس والروم والنيروز والمهرجان ، وكل ما هو معلوم للمتعاقدين، ولم يتقيدوا بالأهلة إلا فى حالة الإطلاق، فإذا كان الأجل إلى أول الشهر من غير تقييد انصرف إلى الشهر الهلالى ، ولم يصححوا التأجيل إلى الحصاد أو إلى العطاء أو إلى عيد اليهود والنصارى ؛ وعللوا ذلك بأن هذه آجال غير معلومة لأنها تتقدم وتتأخر ؛ ولهذا قالوا : يصح البيع إلى وقت استحقاق العطاء إذا كان معلوما للمتبايعين[1] ، ومقتضى هذا التعليل أنه لو كان لليهود عيد محدود الوقت يصح التأجيل إليه أيضا

الأجل البعيد :

ولا يصح عند الشافعية التأجيل إلى أجل بعيد كألف سنة، وضبطه بعضهم بما لا يحتمل بقاء المتعاقدين إليه، وضبطه آخرون بما لا يعتقد بقاء الدنيا إليه[2] ، والتأجيل إلى ألف سنة أو إلى ما لا يعتقد بقاء الدنيا إليه أمر لا يحصل فى العادة،

---

(١) يقول الشيرازى : « والأجل المعلوم ما يعرفه الناس كشهور العرب، وشهور الفرس ، وشهور الروم ، وأعياد المسلمين ، والنيروز والمهرجان ، فإن أسلم إلى الحصاد ، أو إلى العطاء ، أو إلى عيد اليهود والنصارى لم يصح ، لأن ذلك غير معلوم ، لأنه يتقدم ويتأخر ، فإن ذكر شهورا مطلقة حمل على شهور الأهلة ، لأن الشهور فى عرف الشرع شهور الأهلة ، فحمل العقد عليها . المهذب ١ : ٢٩٨ وانظر أيضا المجموع ٩ : ٣٣٩ ، وفتح العزيز شرح الوجيز ، مع المجموع ٩ : ٢٣٠ و ٢٤١ ومغنى المحتاج ٢ : ١٠٥ ، ونهاية المحتاج ٣ : ٢٢٢ ، والشروانى على تحفة المحتاج ٤ : ٢٩٤ - ٢٩٦ ، والبجيرمى على شرح منهج الطلاب ٢ : ٢٩٧

(٢) المجموع ٩ : ٣٢٩

والضابط المعقول للأجل البعيد هو ما لا يحتمل بقاء المتعاقدين إليه ، وهذا قريب من مذهب المالكية .

الحنابلة :

ولا بد عند الحنابلة من أن يعلم المتبايعان الأجل بزمان بعينه لا يختلف ، كأول الشهر أو وسطه أو آخره[1] ، والأصل عندهم أن يكون الأجل مقدرا بالشهور الهلالية ، لقوله تعالى « يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس والحج »[2] فلو قدر الأجل بغير الشهور الهلالية ، فقيل : لا يصح ، وقيل : يصح إذا كان الأجل لا يختلف ، وكان معروفا عند المتبايعين[3] ، ولا خلاف عند الحنابلة فى أن التأجيل إلى الميسرة لا يجوز[4] . وعن أحمد فى التأجيل إلى الحصاد والجزاز وما أشبهه رواية بعدم الجواز ، لما روى عن ابن عباس أنه قال: « لا تتبايعوا إلى الحصاد والدياس ، ولا تتبايعوا إلا إلى شهر معلوم » ، ولأن هذه الآجال تختلف كالتأجيل إلى قدوم زيد[5] ، وعنه فى رواية أخرى أنه قال : أرجو ألا يكون به بأس .

وحجة هذا الرأى أن هذا أجل يتعلق بوقت من الزمن يعرف فى العادة ، ولا يتفاوت تفاوتا كثيرا[6]

---

(١) المغنى ٤ : ٢٩٠

(٢) البقرة : ١٨٩

(٣) المغنى ٤ : ٢٩٢ و ٢٩٣ وقارن الأجل فى الالتزام للدكتور عبد الناصر : ٩٥ .

(٤) المغنى ٤ : ٢٩١

(٥) المغنى ٤ : ٢٩٠ وفيه أن هذا قول ابن المنذر .

(٦) المصدر السابق .

الظاهرية:

يجوز عند الظاهرية أن يشترط فى البيع تأجيل الثمن إن كان دنانير أو دراهم إلى أجل مسمى[1]،ولا بد أن يكون الأجل مما لا يتأخر ساعة ولا يتقدم كالشهور العربية والعجمية ، وكطلوع الشمس وغروبها ، وطلوع كوكب وغروبه مما هو محدود الوقت عند من يعرفه[2] ، وعلى هذا فلا يجوز عندهم البيع إلى الحصاد والجداد والعطاء ونحو ذلك ؛ لأن الحصاد والجداد يتأخران ويتقدمان تبعا لكثرة المطر وقلته ، والعطاء قد ينقطع جملة[3] ، وكذلك لا يجوز البيع إلى صوم النصارى أو اليهود أو فطرهم،ولا إلى عيد من أعيادهم، « لأنها من زينتهم ولعلهم سيبدو لهم فيها »[4] .

التأجيل إلى الميسرة جائز عند الظاهرية :

يجوز الظاهرية تأجيل الثمن إلى الميسرة ؛ لقوله تعالى : « وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة » ، ولما روى عن عائشة أن رسول الله صلى الله

---

(١) هذا من الشروط السبعة الجائزة عند الظاهرية لورود النص بجوازه، وهو قوله تعالى: « يأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه » المحلى ٨ : ٤١٢ و ٤١٣

(٢) المحلى ٨ : ٤٤٥

(٣) المحلى ٨ : ٤٤٤ — ٤٤٥ . وفيه أن هذا قول الحسن بن حيى وأبى سليمان ، وروى ابن حزم ان ابن عباس قال : لا يسلم إلى عصير ولا إلى العطاء ولا إلى الأندر — يعنى البيدر — وهو وقت جمع القمح . وروى عن سعيد بن جبير : « لا تبع إلى الحصاد ولا إلى الجداد،ولا إلى الدراس ولكن سم شهرا . وروى أن محمد بن سيرين سئل عن البيع إلى العطاء فقال: لا أدرى ما هو . وروى عن إبراهيم أنه كره الشراء إلى العطاء والحصاد ولكن يسمى شهرا . وروى عن الحكم أنه كره البيع إلى العطاء . وقال : هو قول سالم بن عبد الله بن عمر ، وعطاء . وانظر أيضا المجموع ٩ : ٣٣٩ ، وفتح القدير ٥ : ٢٢٣ والقرطبي ٣ : ٣٤٤ .

(٤) المحلى ٨ : ٤٤٥ ويريد ابن حزم أن النصارى واليهود قد يغيرون فى أوقات أعيادهم ولهذا لا يجوز التأجيل إليها .

عليه وسلم بعث إلى يهودى قدمت عليه ثيـــــاب : ابعث إلى بثوبين إلى الميسرة[١] » .

الشيعة:

ويشترط الشيعة الإمامية فى البيع بثمن مؤجل أن تعين المدة ، وأن يكون الأجل مضبوطا ، لا يحتمل الزيادة والنقصان ، فلا يصح البيع إلى أجل من غير تعيين الأجل ، ولا يصح التأجيل إلى مقدم الحاج ، أو إدراك الغلة ، ولا يصح التأجيل إلى أجل مشترك بين أمرين أو أكثر ، كالتأجيل إلى شهر ربيع ، أو إلى يوم الخميس ، وقيل : يصح ، ويحمل على الأول[٢] وهذا أولى عندى من القول بعدم الصحة إذ لا غرر يستوجب الفساد ؛ لأن المشترى لو كان يريد غير الخميس الأول لعينه ، فسكوته عن تعيينه دليل على إرادة الأول .

يتبين من هـذا أن الفقهاء متفقون على أن الجهالة التى ترجع إلى وجود الأجل ، وهى ما يسميها الحنفية بالجهالة الفاحشة ، مفسدة للبيع ، وذلك كالتأجيل إلى حبل الحبلة ، أو إلى قدوم فلان .

أما الجهالة التى ترجع إلى وقت حصول الأجل أى التى يكون فيها الأجل محقق الحصول ولـكن الوقت الذى سيحصل فيه غير معروف ـ وهى ما يسميها

---

(١) المحلى ٨ : ٤١٢ و ٤١٣ و ٤٤٥ وهذا أحد الشروط السبعة الجائزة عند الظاهرية. تكلم بعض العلماء فى هذا الحديث الذى استدل به ابن حزم ، فقد قال أحمد عن رواية حرمى ابن عمارة : فيه غفلة وهو صدوق . قال ابن المنذر: فأخاف أن يكون من غفلاته ، إذ لم يتابع عليه . المغنى ٤ : ٢٩١ ، وقد ذكر العينى هذا الحديث مطولا عن أنس بن مالك وقال : رواه أبو الحسن الطوسى فى أحكامه . عمدة القارى ١١ : ١٨٣

(٢) الروضة البهية ١ : ٣٣٢ ، والمختصر النافع ١٤٦

الحنفية بالجهالة اليسيرة ـ مثل البيع إلى الحصاد أو إلى قدوم الحاج، فقد اختلفوا في إفسادها للبيع ، فقال الحنفية ، والشافعية ، والحنابلة في رواية ، والظاهرية ، والشيعة الإمامية : هي مفسدة للبيع ، كالجهالة الفاحشة . وقال المالكية ، والحنابلة في رواية : لا تفسده .

ومن الجدير بالذكر أن الظاهرية وحدهم جوزوا التأجيل إلى الميسرة بالرغم من أن الميسرة مجهولة الحصول ، وحجتهم في ذلك أن النص قد ورد بجوازها ، وهو رأي له سند قوي من المنطق ، فإن المعسر لا يمكنه أن يؤجل الدين إلى أجل معلوم ، لأنه لا يدري متى يوسر ، فهو مضطر إلى تأجيله إلى الميسرة ، ومن هنا افترق أجل الميسرة عن سائر الآجال المجهولة الحصول ، فالضرورة هي التي جوزت التأجيل إلى الميسرة مع ما في ذلك من الغرر .

ولهذا فإني أرجح رأي الظاهرية في هذه الجزئية، كما أرجح رأي المالكية في أن الجهالة التي ترجع إلى وقت حصول الأجل لا تفسد البيع ، لأن الأجل سيجيء حتما ، وقد يكون للعاقد غرض صحيح من هذا التأجيل ، كما في التأجيل إلى الحصاد ، وكون الحصاد يتقدم وقته تارة ويتأخر أخرى لا يؤدي إلى المنازعة ، كما يرى الحنفية ، لأن المتعاقدين قد أبرما العقد ، وهما يعلمان ذلك ، فليس للبائع أن يطالب بالثمن قبل الحصاد إذا تأخر ، وليس للمشتري أن يمتنع عن دفع الثمن عند الحصاد إذا تقدم الحصاد .

جهالة الأجل في القانون

من مقومات الأجل في القانون أن يكون محقق الوقوع ، ولكنه مع ذلك يصح أن يكون وقت حلوله مجهولا[1] ، ويسمى الأجل في هذه الحالة أجلا غير

---

(١) هذا ما يستفاد من الفقرة الثانية من المادة (٢٧١) ونصها : «ويعتبر الأجل محقق الوقوع متى كان وقوعه محتما ، ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه » .

معين [٢] ، فالأجل غير المعين فى القانون يقابل الأجل المجهول فى الفقه الإسلامى، غير أن الأجل المجهول أعم من الأجل غير المعين ، لأنه يشمل ما جهل وقوعه وما جهل وقت حلوله ، أما الأجل غير المعين فلا يصدق إلا على ماجهل وقت حلوله فقط ؛ لأن ما جهل وقوعه لا يسمى أجلا فى القانون وإنما يسمى شرطا.

القانون لا يشترط العلم بالأجل فى عقد البيع :

يجوز فى القانون تأجيل الثمن أو المبيع أو عقد البيع نفسه إلى أجل غير معين ، ومن الأمثلة المتداولة عند علماء القانون للأجل غير المعين الموت ، فيصح البيع بثمن مؤجل إلى موت فلان ، كما يصح البيع على أن يسلم المبيع عند موت فلان . ومثل الموت كل ما كان محقق الوقوع مجهول الوقت كالتأجيل إلى حصاد القمح ، فإنه لا يعرف وقته على التحديد ، وكالتأجيل إلى رجوع أول فوج من الحجاج ، إذا لم يكن لرجوعهم وقت محدد ، فالتأجيل إلى هذه الأوقات وأمثالها جائز قانونا مع أنها مجهولة . أما التأجيل إلى قدوم حاج معين فجائز أيضا ، ولكنه لا يسمى أجلا فى القانون ، وإنما يسمى شرطا ؛ لأن قدوم حاج بعينه غير محقق الوقوع .

التاجيل إلى الميسرة :

تعرض القانون بصفة خاصة إلى التأجيل إلى الميسرة فى المادة (٢٧٢) وهذا نصها : «إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة ، عين القاضى ميعادا مناسبا لحلول الأجل ، مراعيا فى ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة ، ومقتضيا منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه» ، فإذا

---

(٢) الوسيط للدكتور السنهورى ٣ : ٧٩

اشترى شخص سلعة بثمن مؤجل إلى الميسرة فالعقد صحيح قانونا ، ولكن هل هذا من قبيل الشرط أم من قبيل الأجل ؟ .

يحتمل فى هذه الحالة أن يكون المشترى قصد تعليق الوفاء على الميسرة ، ويحتمل أن يكون قصد التأجيل إلى الميسرة ، ففى الحالة الأولى يكون دفع الثمن معلقا على شرط واقف هو الميسرة ، وهى أمر غير محقق ، إذ قد يوسر المرء وقد لا يوسر حتى الموت ، وعلى هذا فإذا أيسر المشترى وجب الوفاء ، وإن لم يوسر حتى مات سقط عنه الالتزام بالوفاء ، وفى الحالة الثانية يكون المشترى قصد الوفاء عند الميسرة ، ويحمل هذا على أنه يريد أن يفى بدينه على كل حال ، إما عند الميسرة ، وإما من التركة عند الموت إذا لم يوسر . وعلى هذا إذا كان أحد القصدين ظاهراً حمل عليه ، وإذا حصل شك حمل على قصد الأجل إلا إذا أثبت المشترى أنه أراد الشرط .

والمادة (٢٧٢) تتحدث عن الحالة التى يكون فيها الوفاء إلى الميسرة أجلا ، لا شرطا ، وتجعل للقاضى الحق فى تحديد موعد الوفاء إذا طالب به الدائن ، ولم يتفق الطرفان على موعد ، ويستعين القاضى فى تحديد الأجل بما لدى المدين من موارد مالية وما يتوقع أن يكون عنده من مال فى المستقبل ، ثم يقتضى القاضى من المدين بعد ذلك عناية الرجل الحريص على الوفاء بدينه ، الرجل الذى يقدم وفاء الدين على كل ما يمكن الاستغناء عنه ، فإذا عجز القاضى عن تحديد موعد كان الموت هو الأجل، فإذا مات المدين حل الأجل وشارك الدائن سائر الغرماء فى استيفاء حقه من التركة[1] .فالتأجيل إلى الميسرة

---

(١) الوسيط للدكتور السنهورى ٣ : ٨٥ - ٨٧ ، والمذكرة التمهيدية لمجموعة الأعمال التحضيرية ٣ : ٢٧

جائز قانونا ، سواء قصد به الشرط أو الأجل ، فهو يتفق مع مذهب الظاهرية الذى رجحناه فى جواز جعل الميسرة أجلا ، ولكنه يختلف عنه فى جواز جعلها شرطا للوفاء يسقط الدين بتخلفه ، فإن الدين يجب إخراجه من التركة باتفاق الفقهاء ، والظاهرية يقدمونه على نفقة تجهيز الميت[1] .

---

(١) انظر الوصايا فى الفقه الإسلامى للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ص ٦٥ والميراث فى الشريعة الإسلامية المؤلف ٤٢ ـ ٤٦

المبحث السابع

عدم القدرة على تسليم المحل

اتفق جمهور الفقهاء على أن القدرة على تسليم المحل شرط فى البيع ، فلا يصح بيع مالا يقدر على تسليمه ، كالبعير الشارد الذى لا يعلم مكانه .[١]

ودليلهم على ذلك :

١ — الأحاديث التى تنهى عن بيع الآبق ، وبيع السمك فى الماء[٢] ، فإن بيعهما إنما منع ؛ لعدم القدرة على تسليمهما .

٢ ـ حديث النهى عن بيع الغرر، فإنه يشمل بيع ما لا يقدر على تسليمه؛ لأن محل العقد إذا لم يكن مقدورا على تسليمه كان مستور العاقبة لا يدرى المتعاقد هل يحصل عليه أم لا .[٣]

٣ — القصد من البيع تمليك التصرف ، وذلك لا يمكن فيما لا يقدر على تسليمه[٤] .

وخالف الظاهرية الجمهور فلم يشترطوا القدرة على التسليم لصحة البيع ، لأن التسليم ، كما يقول ابن حزم : « لا يلزم ولا يوجبه قرآن ولا سنة ، ولا دليل أصلا ، وإنما اللازم ألا يحول البائع بين المشترى وبين ما اشترى منه »

---

(١) ابن عابدين ٤ : ٧ والمنتقى على الموطأ ٥ : ٤٢ ، والمجموع ٩ : ١٤٩ و ٢٨٤ ، والمغنى ٤ : ٢٠٠ ، والروضة البهية ٢٨٢ ، وشرح كتاب النيل ٤ : ١٣٧ وانظر أيضاً ٤ : ٧٣ و ٧٤

(٢) انظر ١٨١

(٣) المهذب ١ : ٢٦٣

(٤) المصدر السابق

ولا يرى ابن حزم فى عدم القدرة على التسليم غررا ؛ لأن الغرر عنده « ما عقد على جهل بمقداره وصفاته حين العقد » ولا يدخل فى هذا التعريف مالا يقدر على تسليمه ؛ لأن المحل قد يكون غير مقدور التسليم ، ولكنه يكون معلوم القدر والصفة .[1]

بعض البيوع التى فيها غرر ناشىء عن عدم القدرة على التسليم

١ — بيع الآبق

النصوص :

ورد حديث النهى عن بيع الآبق عن أبى سعيد الخدرى ، وقد ذكرناه عند الكلام عن بيع الحمل ، وذكرنا ما قاله العلماء فيه[2] .

آراء الفقهاء فى بيع الآبق ونحوه

المانعون لبيع الآبق :

لايصح عند الأئمة الأربعة ، والشيعة[3] بيع العبد الآبق ونحوه كالجمل الشارد ، والمال الضائع ؛ لأنه قد ورد النهى عنه نهياً خاصاً فى حديث أبى سعيد ، ونهياً عاماً فى حديث الغرر . وعلة المنع هى عدم القدرة على تسليمه .

وهذه هى آراؤهم مفصلة:

---

(١) المحلى ٨ : ٣٨٨ وانظر ص ٣١

(٢) راجع ص ١٨١

(٣) وممن منع بيع الآبق سنان بن سلمة ، وعكرمة، وأبو ثور ، وابن المنذر. المحلى ٨: ٣٩١ والمغنى ٤ : ٢٠٠

الحنفية :

قال محمد في الأصل : « وإذا باع الرجل عبدا ليس في يديه حين باعه ، فإن هذا لايجوز ، لأن هذا غرر ، بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الغرر ، وعن بيع العبد الآبق »[1] وقد ذكر فقهاء الحنفية تفصيلات في بيع الآبق يستفاد منها أن لبيع الآبق ثلاث حالات :

الحالة الأولى : هي ما كان فيها الآبق ونحوه مجهول المكان بالنسبة للعاقدين ، وغير مقدور على تسليمه ولا تسلمه ، وهي مايعبر عنها ببيع « الآبق المطلق » وهذه هي الحالة التي لايصح فيها البيع ، ولكن هل يكون البيع باطلا أم فاسداً؟[2]

اختلف في هذا فقهاء الحنفية : ففي ظاهر الرواية وهو ما عليه مشايخ بلخ أن بيع الآبق باطل ، فلو باع الآبق ، ثم عاد من الإباق فلابد من عقدجديد ، لأن العقد الأول وقع باطلا ، لأن القدرة على التسليم يجب أن تكون حاصلة وقت العقد وهي جزء المحل ، فإذا فاتت فقد انعدم المحل فصار كما لو باع طيرا في الهواء ثم أخذه وسلمه في المجلس .

وفي رواية أخرى عن محمد ، وهي رواية عن أبي حنيفة أن العقد فاسد ، فلو باع الآبق ثم عاد من الإباق ينقلب البيع صحيحا ، لأن الآبق مال مملوك ، فينعقد فيه العقد ، والعجز عن التسليم كان هو المانع من صحة العقد ، فإذا زال المانع عاد العقد صحيحا من غير حاجة إلى تجديد عقد ، فلو امتنع البائع من تسليمه ، أو المشتري من قوله ، أجبر على ذلك .

---

(١) الأصل ٩٢

(٢) العقد الباطل مالم يشرع بأصله ولا بوصفه ، والفاسد ماشرع بأصله دون وصفه ، انظر المدخل للفقه الإسلامي للدكتور محمد سلام مدكور ٥٩٦ — ٦٠٠ .

وبهذا أخذ الكرخي وجماعة من المشايخ .

هذا إذا عاد الآبق قبل الفسخ ، أما إذا رفع المشترى الامر إلى القاضى طالبا التسليم ، وعجز البائع عنه ، وفسخ القاضى العقد ، ثم ظهر الآبق فإن العقد لايعود صحيحا ، إذ القاعدة « أن ارتفاع المفسد قبل الفسخ يرد العقد صحيحا ، أما ارتفاعه بعد الفسخ فلا يرده صحيحا »[1].

الحالة الثانية : هى ما كان فيها الآبق معلوم المكان للمشترى وتسلمه له ثابت بيقين ، وهى ما إذا كان الآبق عند المشترى ، فإن البيع صحيح نافذ ، لأن المانع ، وهو العجز عن التسليم ، قد زال ، إذ المقصود من القدرة على التسلّم ثبوت التسلم ، وهو ثابت فى هذه الحالة .

الحاله الثالثة : هى ما كان فيها الآبق مقدوراً على تسلمه فى زعم المشترى ، وصورتها : أن يجيء شخص إلى مولى العبد فيقول له : عبدك الآبق عند فلان فبعه لى ، وأنا أقبضه منه ، فيصدق ويبيعه منه ، فإن هذا البيع ينعقد موقوفا على القبض . هذا مافى البدائع ، وإن كان ظاهر الهداية يدل على أن الحكم فى هذه الحالة كالحكم فى الحالة الأولى . ويفرق الكاسانى بين الحالتين بأن القدرة على القبض هنا ثابتة فى زعم المشترى إلا أن احتمال المنع قائم ، فينعقد البيع موقوفا على القبض ، فإذا قبضه تحقق ما زعمه فينفذ ، أما فى الحالة الأولى فإن العجز عن التسليم متحقق فيمنع الانعقاد .[2]

---

(١) الهداية مع فتح القدير والعناية ٥ : ١٩٩ — ٢٠١ والبدائع ٥ : ١٤٧ و ١٤٨ والمبسوط ١٣ : ١٠ و ١١ ، وفيه ما يدل على أن القول بالبطلان مبنى على أن بيع الآبق ممنوع ، لانعدام المالية ، فهو كالمعدوم حقيقة ، والقول بالفساد مبنى على أن المنع للعجز عن التسليم .

(٢) البدائع ٥ : ١٤٧ ، والهداية مع فتح القدير ٥ : ٢٠٠ .

المالكية :

بيع الآبق غير صحيح عند المالكية إذا لم تعلم صفته وموضعه ، أو علم ذلك ولكن كان عند من لا يسهل خلاصه منه ، لأنه يكون فى هذه الحالة غير مقدور التسليم والتسلم ، أما إذا علمت صفته وموضعه وكان عند من يسهل خلاصه منه فإن البيع يصح ، لأن شرط القدرة على التسليم تحقق ، ويكفى علم المبتاع بمكان الآبق ، ولكن البيع لا يلزم إلا بعد أن يتسلمه المبتاع ، بحيث لو تلف أو تغير بعد العقد ، وقبل القبض تلف على البائع ورجع المشترى عليه بالثمن .[1] ومثل الآبق الإبل والبقر التى تركت فى المرعى حتى توحشت ، وأصبحت غير مقدور عليها إلا بعسر ، فإنها لا يجوز بيعها ، لعدم القدرة على تسليمها وتسلمها[2] .

وقد تعرض الإمام مالك لبيع الآبق والضال فى الموطأ ، فمنعه ، لما فيه من الغرر ، ووجه الغرر عنده هو أن المشترى يدفع فى الآبق والضال أقل من ثمنه ، فإن وجده ضاع على البائع الفرق بين قيمته وما دفعه المبتاع ، وإن لم يجده ضاع على المشترى ما دفعه ، ومع هذا فإن الضال إن وجد قد يكون تغير بالزيادة أو النقصان ، أو يكون قد حدث فيه عيب ، ولم يتعرض مالك للقدرة على التسليم ، وهذا نص عبارته :

« ومن الغرر والمخاطرة أن يعمد الرجل قد ضلت دابته أو أبق غلامه وثمن الشىء من ذلك خمسون ديناراً ، فيقول رجل : أنا آخذه منك بعشرين

---

(١) الدسوقى على الدردير ٣ : ١٠ ، وانظر أيضا بداية المجتهد ٢ : ١٥٨ ، والمدونة ٩ : ١٥٥ ، الخرشى ٥ : ١٦

(٢) الشرح الكبير ٣ : ١٠

ديناراً ، فإن وجده المبتاع ذهب من البائع ثلاثون ديناراً ، وإن لم يجده ذهب من المبتاع بعشرين دينارا . قال مالك : « وفى ذلك عيب آخر أن تلك الضالة إن وجدت لم يدر أزادت أم نقصت أم ما حدث بها من العيوب فهذا أعظم المخاطرة »[١].

الشافعية :

لا يصح بيع الآبق ونحوه إذا لم يعرف موضعه ، لأن من شروط المبيع أن يكون البائع قادرا حسا وشرعا[٢] على تسليمه بلا كبير مشقة ، وكذلك لا يصح بيعه إذا عرف موضعه ، ولم يكن مقدورا عليه . أما بيعه لمن قدر على رده من غير مئونة ولا مشقة ، فإنه يصح على الصحيح ؛ لتيسر وصوله إليه حينئذ ، فلا يكون فى بيعه غرر ، والقول الثانى لا يصح لأن التسليم واجب على البائع ، وهو عاجز عنه[٣].

الحنابلة :

لا يصح بيع الآبق عند الحنابلة ، سواء علم مكانه أو جهل ؛ لأنه بيع غير مقدور على تسليمه كبيع الطير فى الهواء ، فإن كان الآبق فى يد إنسان صح بيعه ، لإمكان تسليمه[٤] .

الشيعة :

لا يجوز بيع الآبق ونحوه عند الشيعة الزيدية ، إلا إذا بيع إلى من أبق إليه ، فإنه يجوز لانتفاء الغرر[٥] وقال المؤيد بالله وأبو طالب: يصح بيع الآبق

---

(١) الموطأ بهامش المنتقى ٥ : ٤١ ، وانظر أيضا المدونة ١٠ : ٣٨

(٢) عدم القدرة الحسية تكون فى بيع الآبق ، والطير فى الهواء ، والسمك فى الماء المملوكين للبائع ، وعدم القدرة الشرعية تكون فى بيع المرهون والوقف .

(٣) نهاية المحتاج ٣ : ٣٨٦ و ٣٨٧ ، والمجموع ٩ : ٢٨٤ و ٢٨٥

(٤) المغنى ٤ : ٢٠ ، وانظر القواعد لابن رجب ص ١١٨ القاعدة ٦٥ .

(٥) يلاحظ أن الزيدية يعللون المنع بالغرر ، ولم يتعرضوا لعدم القدرة على التسليم.

موقوفا على التسليم مستدلين بعموم قوله تعالى : « وأحل الله البيع »[1] .

أما الشيعة الإمامية ، فالآبق عندهم قد يباع منفردا ، وقد يباع مع « الضميمة » أي مع شيء آخر يصح بيعه منفردا .

فإن بيع الآبق منفردا فإن البيع لا يصح ؛ لعدم القدرة على تسليمه ، التي هي شرط لصحة البيع ، لكن القدرة على التسليم عندهم إنما شرطت لمصلحة المشترى ، ولهذا لو كان المشترى قادرا على تسلم الآبق صح البيع ، ولو كان البائع عاجزا عن تسليمه على الأقرب في المذهب ، بل لو رضى المشترى بالابتياع مع علمه بعدم قدرة البائع على التسليم صح البيع ، ما لم يكن المبيع من شأنه ألا يقبض عرفا ، لأنه يكون حينئذ في معنى أكل المال بالباطل ، فعدم صحة بيع الآبق عند الإمامية إنما هي عند عدم رضا المشترى ، أو عدم علمه بعجز البائع ، أو كون الآبق بحيث لا يتمكن منه عرفا[2] . أما إذا بيع الآبق مع « الضميمة » فإن البيع صحيح ، فإن وجده المشترى ملكه ، وإن لم يجده كان الثمن بإزاء الضميمة ، ونزل الآبق بالنسبة إلى الثمن منزلة المعدوم ، وهذا الحكم خاص بالآبق فلا يلحق به غيره مما في معناه كالبعير الشارد والفرس العائر على الأقوى[3] .

وللإباضية قولان في بيع الآبق قول بالجواز ، وقول بعدم الجواز ؛ لأنه من الغرر وهو قول الأكثر[4] .

المجوزون لبيع الآبق:

روى جواز بيع الآبق ونحوه عن بعض الصحابة والتابعين وفقهاء الأمصار

---

(١) البحر الزخار ٣ : ٣١٣ وانظر ص ٣٥٤

(٢) الروضة البهية ٢٨٢ ومفتاح الكرامة ٤ : ٢٢٤

(٣) الروضة البهية ٢٨١ و ٢٨٢

(٤) شرح النيل ٤ : ٧٣ و ٧٤

منهم ابن عمر ، وشريح ، وابن سيرين ، والشعبي ، وعثمان البتى ، وأبو بكر ابن داود . فقد روى عن ابن عمر أنه اشترى بعيراً وهو شارد ، قال ابن حزم: وما نعلم لابن عمر مخالفا من الصحابة . وعن محمد بن سيرين أن رجلا أبق غلامه فقال له رجل : بعنى غلامك ، فباعه منه ثم اختصما إلى شريح ، فقال شريح : إن كان أعلمه مثل ما علم فهو جائز . وعن أيوب السختيانى قال : أبق غلام لرجل فعلم مكانه رجل آخر فاشتراه منه ، فخاصمه إلى شريح بعد ذلك،قال ابن سيرين : فسمعت شريحا يقول له : أكنت أعلمته مكانه ثم اشتريته ؟ فرد البيع ؛ لأنه لم يكن أعلمه ، وذلك ؛ لأن كتمانه مكانه وهو يعلمه غش وخديعة ، والغش والخديعة يرد منهما البيع .

وروى الشعبي عن شريح أن رجلا أتاه فقال: إن لى عبداً آبقا وإن رجلا يساومنى به أفأبيعه منه ؟ قال : نعم ، فإنك إذا رأيته فأنت بالخيار ، إن شئت أجزت البيع وإن شئت لم تجزه . قال الشعبي : إذا أعلمه منه ما كان يعلم منه جاز بيعه ولم يكن له خيار . وعن أيوب السختيانى أن محمد بن سيرين كان لا يرى بأساً بشراء العبد الآبق إذا كان علمهما فيه واحداً .[1]

أهل الظاهر :

بيع الآبق[2] عند أهل الظاهر جائز ، عرف مكانه أو لم يعرف ؛ لأنه مال مملوك لبائعه ، وكل ما ملكه المرء فحكمه فيه نافذ بالنص ، إن شاء وهبه وإن شاء باعه ، وإن مات فهو موروث عنه ، وكون البائع غير قادر على تسليمه لا يمنع صحة البيع ؛ لأن القدرة على التسليم ليست من شروط صحة البيع عندهم ؛ لأن التسليم لم يوجبه قرآن ولا سنة ولا دليل أصلا ، وإنما الشرط ألا يحول

---

(١) المحلى ٨ : ٣٩١ والمغنى ٤ : ٢٠٠ وانظر ص٦٧.

(٢) ومثل الآبق الجمل الشارد والطير المتفلت ، وكل ما صح الملك عليه .

البائع بين المشترى وبين ما اشترى منه ؛ لأنه إن فعل ذلك كان ظالما ، وليس فى بيع الآبق غرر ؛ لأن الغرر عندهم ما عقد على جهل بمقداره وصفاته حين العقد ، والآبق معلوم القدر والصفة ، قال ابن حزم : فإن قيل : لعله ميت حين العقد ، أو قد تغيرت صفاته ، أو لعل المشترى لا يجده أبداً . قلنا : هو على الحياة التى قد صحت له ، وعلى ما تيقن من صفاته حتى يصح موته أو تغيره ، فإن تيقن موته أو تغيره عن صفاته رد البيع ، وإن وجده المشترى على صفاته ملكه ملكا صحيحا ، وإن لم يجده فقد استعاض الأجر الذى هو خير من الدنيا وما فيها وربحت صفقته .

٢ – بيع السمك فى الماء

النصوص :

روى عن النبى صلى الله عليه وسلم النهى عن بيع السمك فى الماء ، وقد ذكرنا الأحاديث الخاصة بهذا الموضوع ضمن النصوص المتعلقة بالنهى عن بيع الغرر[1] . والنهى عن بيع السمك فى الماء يشمل بيعه قبل أن يُصطاد ، كما يشمل بيعه بعد أن يملك بالصيد أو غيره ، أما بيعه قبل صيده فلا يجوز باتفاق الفقهاء ؛ لأنه مال مباح غير مملوك لأحد فلا يكون محلا للبيع[2] . وأما بيعه بعد أن ملك وهو فى الماء[3] ، فقد منعه عمر بن الخطاب ، وعبد الله بن مسعود ، وعبد الله

(١) انظر الحديث رقم ٨و٩ فى ص ٦٠.

(٢) الزيلعى ٤ : ٤٥ ، والمغنى ٤ : ٢٠١ ، ومفتاح الكرامة ٤ : ٢٢٢ ، والمدخل للفقه الإسلامى للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ٥٨٤ .

(٣) وصورة ذلك أن يملك رجل سمكا بالصيد أو غيره ، ثم يلقيه فى حظيرة — بركة — أو يعد حظيرة ليجتمع فيها السمك ، فإن دخول السمك فى تلك الحظيرة يكون استيلاء عليه ، أو يكون لرجل حظيرة غير معدة لصيد السمك ، فيدخل فيها السمك ، ويأتى صاحبها ويسد عليه الحظيرة .

بن عمر ، والحسن ، والنخعى ، وأبو ثور [١] .

ورخص فى بيعه أقوام منهم عمر بن العزيز . قال أبو يوسف : حدثنا أبو حنيفة عن حماد قال : طلبت إلى عبد الحميد بن عبد الرحمن فكتب إلى عمر بن عبد العزيز يسأله عن بيع صيد الآجام ، فكتب إليه عمر : ألا بأس به وسماه الحبس [٢] .

وقال الحنفية : يجوز بيعه إن كان لا يحتاج فى أخذه إلى اصطياد ، ويثبت للمشترى خيار الرؤية عند التسليم له ، ولا يعتد برؤيته وهو فى الماء ، لأن السمك يتفاوت فى الماء وخارجه ، أما إذا كان يحتاج فى أخذه إلى اصطياد ، فلا يصح بيعه ، لعدم القدرة على تسليمه عقيب البيع [٣] .

ومنع المالكية بيع السمك فى الغدير أو البركة [٤] .

وقال الشافعية : بيع السمك فى البركة لا يجوز إذا كانت البركة واسعة يتوقف أخذ السمك منها على كبير كلفة عرفا ؛ لأنه إذا كان بهذه الكيفية

---

(١) الاصل ٩٣ و ٩٤ والخراج ٨٧ والمغنى ٤ : ٢٠٠ قال ابن قدامه : « ولا نعلم لهم — للمانعين — مخالفا » . ولعله لم يبلغه خلاف عمر بن عبد العزيز .

(٢) الخراج ٨٧ : قال أبو يوسف : الصواب عندنا — والله أعلم — فى قول من كرهه. وانظر حاشية ابن عابدين ٤ : ١٤٧ و ١٤٨

(٣) الأصل ٩٣ و٩٤ وفتح القدير ٥ : ١٩٤ والبدائع ٥ : ١٤٧ والزيلعى ٤ : ٤٥ وقال ابن أبى ليلى : يجوز البيع وإن كان لا يتمكن من أخذه إلا بالصيد ، لأنه إذا كان قد ملك السمك ثم أرسله فى الأجمة فإن إرساله له لا يزيل ملكه . وقد رد السرخسى على رأى ابن أبى ليلى بأن إرسال السمك يجعله آبقا فى الماء ، فبيعه كبيع الآبق ، وإذا كان لا يملك أخذه إلا بالصيد فإنه لا يكون مقدوراً على تسليمه إلا باكتساب سبب يثبت ابتداء الملك به هو الاصطياد ، فيكون فى معنى بيعه قبل أن يملكه . المبسوط ١٣ : ١٢

(٤) بداية المجتهد ٢ : ١٥٨

لا تتحقق القدرة على تسليمه فى الحال ، أما إن سهل أخذه من البركة ، فإن بيعه يصح بشرط ألا يمنع الماء من رؤيته ، وألا تكون البركة متصلة بالنهر[1] .

وقال الحنابلة : مثل قول الشافعية غير أنهم لم يشترطوا عدم اتصال البركة بالنهر[2] :

وقال الشيعة الامامية : يجوز بيع السمك فى البركة مادام الماء رقيقا لايمنع المشاهدة وأمكن أخذه ، ولو بتعب شديد على الأقوى فى المذهب[3] .

ومنع أكثر فقهاء **الاباضية** بيع السمك فى البركة، للجهل به وهو فى الماء، ولأنه قد لا يملك قبضه لامتناعه بالماء[4] .

٣ — بيع الطير فى الهواء

لم يرد نص فى بيع الطير فى الهواء ولكنه شبيه ببيع السمك فى الماء ، ولهذا آثرنا ذكره معه . وبيع الطير فى الهواء يكون على وجهين كبيع السمك فى الماء :

أحدهما : بيعه قبل صيده ، وهذا لا يجوز باتفاق ؛ لأنه غير مملوك لأحد فهو مال مباح .

ثانيهما : بيعه بعد أخذه وإرساله ، وهذا هو الذى نريد التحدث عنه هنا .

---

(١) المهذب ١ : ٢٦٣

(٢) المغنى ٤ : ٣٠١ و ٣٠٢

(٣) مفتاح الكرامة ٤ : ٢٢٢ و ٢٢٣ ، وانظر الروضة البهية ١ : ٢٨٨ .

(٤) شرح النيل ٤ : ٧٣ و ٧٤

(٥) فتح القدير ٥ : ١٩٢ و ١٩٩

فعند الحنفية : لا يصح بيع الطير وهو فى الهواء ؛ لأنه وإن كان مملوكا للبائع إلا أنه غير مقدور التسليم عقيب العقد ، ولو كان الطير يذهب ويجىء ، كالحمام على ظاهر الرواية ،ولـكن فى فتاوى قاضيخان أن الطير إذا كان داجنا يعود إلى بيته عادة ويقدر على أخذه بلا تكلف جاز بيعه ؛ لأنه يكون حينئذ مقدور التسليم ، إذ المعلوم عادة كالواقع ، واحتمال كونه لا يعود لا يمنع جواز البيع كاحتمال هلاك المبيع قبل القبض [1] .

وعند الشافعية : لا يصح بيع الطير فى الهواء وإن اعتاد العودة إلى محله ؛ لما فيه من الغرر ؛ ولأنه لا يوثق به ، لعدم عقله ، ولـكن إن باع الطير فى الهواء لقادر على رده صح على الصحيح ، كما تقدم فى بيع الآبق [2] . وهذا فى غير النحل ، أما النحل فإن كانت أمه خارج الخلية فهو كسائر الطيور ، وأما إن كانت فى الخلية فإن بيعه يصح للوثوق بعوده ؛ فهو يفترق عن بقية الطيور بأنه غير مقصود للجوارح ، وبأنه لا يأكل عادة إلا ما يرعاه ، فلو توقفت صحة بيعه على حبسه لربما أضر به أو تعذر بيعه بخلاف سائر الطيور [3] .

والحنابلة لا يصح عندهم بيع الطير فى الهواء ، سواء كان الطائر يألف الرجوع أو لا يألفه ؛ لأنه لا يقدر على تسليمه وقت البيع ، وإنما يقدر عليه إذا عاد ، فهم فى هذا كالشافعية ،ويفرق الحنابلة بين هذا وبين الغائب فى مكان بعيد بأن الغائب ، وإن كان لا يمكن تسليمه فى الحال إلا أن صاحبه يقدر على استحضاره ، أما الطير فلا يقدر صاحبه على رده إلا أن يعود بنفسه [4] .

---

(١) فتح القدير ٥ : ١٩٩ ، وابن عابدين ٤ : ١٤٨ ، والبدائع ٥ : ١٤٧ .

(٢) انظر ص ٣٠٣ .

(٣) شرح المنهاج ٣ : ٢٨٦ .

(٤) المغنى ٤ : ٢٠١

وعندالشيعة الإمامية: يصح بيع الطير فى الهواء إذا قضت العادة بعوده؛ لأن العادة بمنزل المتحقق كالدابة المرسلة. وقيل: لايصح مطلقا؛ لانتفاء القدرة على التسليم فى الحال. ولأن عوده غير موثوق به إذ ليس له عقل باعث[1].

بيع الحمام فى البرج: يجوز عند الحنفية بيع برج الحمام ليلا، ولا يجوز بيعه نهاراً، لأن بعض الحمام يكون خارج البرج فلا يمكن أخذه إلا بالاحتيال[2].

وقال الشافعية والحنابلة والشيعة الإمامية: يجوز بيع الطير فى البرج إذا كان البرج مغلقا يمكن أخذ الطير منه. أما إن كان البرج مفتوحا فلا يجوز بيعه؛ لأن الطير فى هذه الحالة يكون قادراً على الطيران، فلا يكون تسليمه ممكنا، وكذلك لا يجوز البيع عند الشافعية إذا كان الطير فى برج كبير لا يقدر على أخذه إلا بتعب، لأنه غير مقدور على تسليمه فى الحال[3].

٤ - بيع الدين

النصوص:

١ — عن ابن عمر: أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالىء[4] بالكالىء[5].

---

(١) مفتاح الكرامة ٤ : ٢٢٢

(٢) ابن عابدين ٤ : ١٤٨

(٣) المهذب ١: ٢٦٣، والمغنى ٤: ٢٠١، ومفتاح الكرامة ٤ : ٢٢٢

(٤) الكالىء مهموز، ويجوز تخفيفه، يقال: كلأ الدين، يكلأ إذا تأخر، فهو كالىء. المصباح المنير، ومختار الصحاح. وبيع الكالىء بالكالىء، هو بيع الدين بالدين.

(٥) رواه الدارقطنى، وقد تفرد بهذا الحديث موسى بن عبيدة الربذى، كما قال الدارقطنى وابن عدى، وقد قال فيه أحمد: لا تحل الرواية عنه عندى، ولا أعرف هذا الحديث عن غيره وقال أيضا: ليس فى هذا حديث يصح، ولكن إجماع الناس على أنه لا يجوز بيع الدين بدين. وقال الشافعى فى هذا الحديث: أهل الحديث يوهنونه نيل الأوطار ٥ : ٢٥٤ و ٢٥٥، =

٢ — عن رافع بن خديج أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع كالىء بكالىء، دين بدين .[1]

وأرى أنه لا يصح الاعتماد على هذين الحديثين فى منع بيع الكالىء بالكالىء ؛ لأن أكثر العلماء متفقون على ضعفهما ، ولكن هذا لا يعنى الحكم بجواز بيع الكالىء بالكالىء ؛ لأنه قد يكون هناك دليل آخر للمنع ، فلننظر ما قاله الفقهاء فى هذا الموضوع :

آراء الفقهاء فى بيع الدين

قد يكون لشخص دين على آخر فيرغب صاحب الدين أن يبيع دينه ، إما إلى من عليه الدين أو إلى شخص غيره ، وفى كل من الحالين قد يبيعه بنقد ، وقد يبيعه نسيئة ، فبيع الدين قد يكون بالنقد لمن عليه الدين ، أو بالنقد لغير من عليه الدين ، وقد يكون بالنسيئة لمن عليه الدين ، أو بالنسيئة لغير من عليه الدين ، وهذه هى الصور الرئيسية لبيع الدين ، وهناك صور أخرى فرعية .

فأما بيع الدين بالنسيئة[2] وهو بيع الكالىء بالكالىء الذي ورد ذكره فى الحديث ، فقد حكى بعض العلماء الإجماع على منعه[3] ، ولا فرق عندهم بين

= وجواهر الأخبار بأسفل البحر الزخار ٣ : ٣٣٥ والمغنى ٤ : ٤٦ ، وعبارة « إجماع الناس » الواردة فى المرجعين الأولين لا تتفق مع ما هو معروف من رأى الإمام أحمد عن دعوى الإجماع ، وكذلك عبارة ابن قدامة : « وقال أحمد : إنما هو إجماع » .

وصحح هذا الحديث الحاكم على شرط مسلم ، وهذا وهم منه سببه أنه ظن الحديث من رواية موسى بن عقبة ، والصواب أنه من رواية موسى بن عبيدة الربذى . نيل الأوطار ٥ : ٢٥٤ وتعليق محمد حامد الفقى على المنتقى ٢ : ٣٢٢

(١) أخرجه الطبرانى . نيل الأوطار ٥ : ٢٥٤ وفى هذا الحديث موسى الذى تقدم الكلام عنه فى حديث ابن عمر .

(٢) يعبر عنه ببيع الدين بالدين ، وببيع النسيئة بالنسيئة .

(٣) بداية المجتهد ٢ : ١٢٥ . والمغنى ٤ : ٤٦ وانظر ص ٣١٠

بيعه لمن عليه الدين أو لغير من عليه الدين . مثال بيع الدين بالدين لمن عليه الدين ، أن يقول شخص لآخر : اشتريت منك كذا إردبا من القمح تسلمها لى بعد شهر بكذا جنيها ، أدفعها لك بعد شهرين ، وهذا هو ما يعرف عند الفقهاء بابتداء الدين بالدين[1] ، أو أن يسلم الرجل الدراهم فى طعام إلى أجل ، فإذا حل الأجل يقول الذى عليه الطعام : ليس عندى طعام ، ولكن بعنى إياه إلى أجل، وهذه الصورة وأمثالها يطلق عليها اسم « فسخ الدين فى الدين » ، لأن ما فى ذمة المدين من الدين الأول قد فسخ بالتزام المدين الدين الثانى بدله[2] .

ومثال بيع الدين بالدين لغير المدين أن يقول شخص لآخر : بعت لك العشرين إردبا التي لى على فلان بخمسين جنيها ، تدفعها لى بعد شهر ، وهذه الصورة يخصها الفقهاء باسم بيع الدين بالدين[3] .

وقد جوز المالكية بيع الدين بالدين فى بعض الحالات ، منها بيع الدين لغير المدين بمعين ، أو بمنافع ذات معينة ، كما لو كان لرجل على آخر دين فباعه لثالث بسيارة يسلمها له بعد شهر مثلا، فإن هذا البيع جائز ، ومنها تأخير رأس مال السلم إلى ثلاثة أيام إذا كان التأخير شرطا فى العقد ، أما إذا لم يكن مشترطا فيجوز التأخير إلى أكثر من ثلاثة أيام[4] .

وأما بيع الدين بالنقد ، فقد فرق العلماء بين بيعه لمن عليه الدين ، وبيعه لغير من عليه الدين : فمنع أكثرهم بيع الدين لغير المدين ، وجوز بيعه للمدين .

---

(١) الشرح الكبير للدردير ٣ : ٥٥

(٢) الشرح الكبير للدردير ٣ : ٥٤

(٣) الدسوقى على الشرح الكبير ٣ : ٥٤

(٤) المصدر السابق ص ٥٥ وبداية المجتهد ٢ : ٢٠٢

فممن منع بيع الدين لغير المدين الحنفية [١] ، والحنابلة [٢] ، والظاهرية ، [٣] والشافعية فى وجه [٤] .

يقول الكاسانى : بيع الدين من غير من عليه الدين باطل ، لأن الدين إما أن يكون عبارة عن مال حكمى فى الذمة ، وإما أن يكون عبارة عن فعل تمليك المال وتسليمه ، وكل ذلك غير مقدور التسليم فى حق البائع ، والقدرة على التسليم شرط انعقاد العقد ، ويكون البيع فاسدا لو شرط التسليم على المديون ، لأن شرط التسليم على غير البائع شرط فاسد ، فيفسد به البيع .

هذا إذا أضاف البيع والشراء إلى الدين بأن قال : بعت منك الدين الذى فى ذمة فلان بكذا ، أو قال : اشتريت هذا الشىء بالدين الذى فى ذمة فلان ، أما إن لم يضف العقد إلى الدين ، ثم أحال البائع على غريمه بدينه الذى له عليه جازت الحوالة .

أما بيع الدين ممن عليه الدين فيجوز ، لأن المانع هو العجز عن التسليم ولا حاجة إلى التسليم هنا ، لأن ما فى ذمة المدين مسلم له [٥] .

ويقرر الشيرازى مذهب الشافعية على النحو التالى : الدين إن كان الملك عليه مستقراً كغرامة المتلف وبدل القرض جاز بيعه ممن عليه قبل القبض ؛

---

(١) البدائع ٥ : ١٤٨ و١٨٠ و١٨١

(٢) المغنى ٤ : ١٢٠ ، والمحرر ١ : ٣٣٨ ، وفى مذهب الحنابلة رواية بعدم جواز بيع الدين مطلقا .

(٣) المحلى ٩ : ٦ ، وفيه أن الشعبى سئل عمن اشترى صكا فيه ثلاثة دنانير بثوب ، فقال : لا يصلح ، هو غرر .

(٤) المهذب ١ : ٢٦٢

(٥) البدائع ٥ : ١٤٨ و١٨٠ بتصرف يسير ، وينبغى أن يلاحظ أن من الديون ما لا يجوز بيعه قبل القبض مطلقا نحو رأس مال السلم والمسلم فيه : البدائع ٥ : ١٨١

لأن ملكه مستقر عليه . . . . أما بيعه من غير من عليه الدين ففيه وجهان : أحدهما يجوز ؛ لأن ما جاز بيعه ممن عليه جاز بيعه من غيره كالوديعة ، والثانى لا يجوز ، لعدم القدرة على التسليم ، لأن المدين ربما منع الدين أو جحده ، وذلك غرر لا حاجة إليه ، قال الشيرازى : والأول أظهر ، لأن الظاهر القدرة على التسليم من غير منع ولا جحود .

أما إن كان الدين غير مستقر ، فإن كان مسلماً فيه لم يجز بيعه ، لما روى أن ابن عباس رضى الله عنه سئل عن رجل أسلف فى حلل دقاق فلم يجد تلك الحلل فقال : آخذ منك مقام كل حلة من الدقاق حلتين من الجل[1] ، فكرهه ابن عباس وقال : خذ برأس المال علفاً أو غنما ، ولأن الملك فى المسلم فيه غير مستقر ، لأنه ربما تعذر فانفسخ البيع فيه ، وإن كان ثمناً فى بيع ففيه ، قولان : قول بالجواز ، لما روى ابن عمر قال : كنت أبيع الإبل بالبقيع بالدنانير فآخذ الدراهم ، وأبيع بالدراهم فآخذ الدنانير ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لا بأس ما لم تتفرقا وبينكما شىء[2] ، ولأنه لا يخشى انفساخ العقد فيه بالهلاك ، فصار كالمبيع بعد القبض . والقول الآخر بالمنع رواه المزنى فى جامعه الكبير ، لأن ملكه غير مستقر عليه ، لأنه قد ينفسخ البيع فيه بتلف المبيع أو الرد بالعيب[3] .

---

(١) الجل بكسر الجيم الغليظ .

(٢) ذكر ابن تيمية هذا الحديث فى المنتق ، وقال : رواه الخمسة . وقد روى هذا الحديث مرفوعا وموقوفا على ابن عمر والأكثرون على وقفه . قال الترمذى : لانعرفه مرفوعاً إلا من حديث سماك بن حرب . وقال البيهقى : تفرد برفعه سماك بن حرب . وصحح الحاكم هذا الحديث . نيل الأوطار ٥ : ٢٥٤ و ٢٥٥ ، والترمذى ٥ : ٢١ ومسند الإمام أحمد بتعليق الأستاذ أحمد محمد شاكر الحديث ٦٢٣٩

(٣) المهذب ١ : ٢٦٢ و ٢٦٣

وجوز المالكية بيع الدين بالنقد لغير المدين بشروط تباعد بينه وبين الغرر ، وأى محظور آخر . فالشروط التى تبعده عن الغرر هى :

(١) أن يكون المدين حاضرا فى البلد ليعلم حاله من فقر ، أو غنى ؛ لأن عوض الدين يختلف باختلاف حال المدين .

(٢) أن يكون المدين مقرا بالدين ، فإن كان المدين ميتا أو غائبا عن البلد ، أو حاضرا فى البلد ، ولكنه لم يقر بالدين فلا يجوز بيع دينه ولو ثبت بالبينة[1] حسما للمنازعات . جاء فى الموطأ : قال مالك : لا ينبغى أن يشترى دين على رجل غائب ولا حاضر إلا بإقرار من الذى عليه الدين ، ولا على ميت ، وإن علم الذى ترك الميت ؛ وذلك أن اشتراء ذلك غرر لا يدرى أيتم أم لا يتم ...[2]

(٣) أن يكون المدين ممن تأخذه الأحكام ؛ وذلك ليمكن تخليص الدين منه إذا امتنع[3] .

ويرى ابن القيم جواز بيع الدين بالدين للمدين ولغيره ، ولا يمنع إلا صورة واحدة ، وهى ابتداء الدين بالدين ، معللا ذلك بأن فيها شغلا لذمتين ، ذمة البائع وذمة المشترى ، من غير فائدة ؛ وذلك لأن البائع لم

---

(١) روى داود بن سعيد عن مالك : إذا ثبت الدين ببينة ، وعلم أن الذى عليه الحق حى فلا بأس بذلك . المنتقى ٥ : ٧٦

(٢) الموطأ بهامش المنتقى ٥ : ٧٦

(٣) الدسوقى على الشرح الكبير ٣ : ٥٥ وباقى الشروط هى :

١ — أن يباع بغير جنسه أو بجنسه بشرط أن يكون مساويا له .

٢ — ألا يكون ذهبا بفضة ولا فضة بذهب .

٣ — ألا يكون بين المشترى والمدين عداوة .

٤ — أن يكون الدين مما يجوز بيعه قبل قبضه .

يتسلم الثمن ، والمشترى لم يتسلم المبيع ، فلم يستفد واحدمنهما شيئامن هذا العقد ، ويعتبر ابن القيم النهى عن بيع الكالىء بالكالىء خاصا بهذه الصورة[١] . موافقا فى كل ذلك أستاذه ابن تيمية[٢] .

ودعوى عدم الفائدة فى ابتداء الدين بالدين غير مسلمة ، فإن المشترى يصبح بالعقدمالكا للمبيع والبائع يصبح مالكا للثمن، وكون التسليم يتأخر إلى أمد لا يذهب بفائدة العقد ، ثم إن العاقل لا يقدم على عقد لا مصلحة له فيه ، فلو لم يكن للعاقدين غرض صحيح فى ابتداء الدين بالدين لما أقدما عليه، والغرض الصحيح فى هذا العقد متصور ، فقد يعمد التجار لهذا النوع من البيع ، لضمان تصريف بضائعهم ، ولهذا أجاز المالكية تأجيل الثمن فى السلم إلى الأجل القريب.

وأرى جواز بيع الدين مطلقا ،أعنى سواء بيع للمدين أو لغيره بنقد أو بدين ما دام خاليا عن الربا ؛ لأنه لم يرد نص يعتمد عليه فى منع أى صورة من هذه الصور ،ودعوى عدم القدرة على التسليم غير مسلمة ؛ لأن كلامنا فى دين معترف به . لا فيما فيه خصومة ، ثم إن بيع الدين قد تدعو الحاجة إليه ، وفيه مصلحة ظاهرة للمتعاقدين فلا يصح التضييق عليهم بمنعه ، وليس فيما ذهبت إليه خروج على آراء الفقهاء ، فقد رأينا اختلافهم فى بيع الدين بالنقد، وأما دعوى الإجماع على منع بيع الدين بالدين فغير مسلمة ، فقد جوزه المالكية فى بعض صوره كما ذكرنا ، ولعل الصورة المجمع على منعها فى بيع الدين بالدين هى ما كان فيه الدين من الأموال الربوية .

بيع الدين فى القانون

بيع الدين يقابله فى القانون حوالة الحق بعوض ، وقد تحدث التقنين

---

(١) إعلام الموقعين ١ : ٣٤٠ و ٣٤١

(٢) نظرية العقد لابن تيمية ٢٣٥

المصرى فى المواد (٣٠٣ ـ ٣١٤) عن حوالة الحق بصفة عامة ، وأشارت المادة (٣٠٨) إلى الحوالة بعوض ، وليس من غرضنا بيان أحكام حوالة الحق فى القانون ، فإن كل ما نرمى إليه هو أن نقرر أن القانون يجوز بيع الدين لغير المدين ، إلا إذا حال دون ذلك نص القانون ، أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام[1] .
ولعل من الخير أن نذكر بهذه المناسبة كلمة عن بيع السندات والكمبيالات فهى صورة من صور بيع الدين السائدة فى عصرنا .

بيع السندات :

قد تحتاج شركة من الشركات إلى اقتراض مبلغ كبير من المال ، تسدده بعد أجل طويل ، ولا تجد شخصا أو هيئة واحدة تقرضها المبلغ المطلوب فتلجأ إلى الحصول على ما تريد من الجمهور ، وذلك بإصدار سندات بالمبلغ الذى تحتاج إليه وعرض هذه السندات على الجمهور لشرائها ، على أن يكون لكل سند ربح ـ فائدة ـ محدد فى السنة ، يأخذه صاحب السند إلى أن ينقضى الأجل فيرد إليه مبلغه ، وكثيرا ما تفعل الحكومات هذا ، وقد حدث هذا فى جمهورية السودان لأول مرة فى هذا العام[2] . وهذه السندات قابلة للتداول بالبيع والشراء ، فلحامل السند أن يبيعه إلى آخر ، ولهذا الآخر أن يبيعه إلى ثالث ، وهكذا .

هذه هى الصورة المتعارف عليها فى التعامل بالسندات فما حكمها شرعاً ؟ واضح

---

(١) انظر الوسيط ٣ : ٤١٣ وما بعدها . وانظر ما كتبه الاستاذ الدكتور محمد سلام مدكور عن موقف الفقه الإسلامى من حوالة الحق والعلاقة بين بيع الدين والحوالة وذلك فى كتابه المدخل للفقه الإسلامى ٦٩٤ ـ ٦٩٧

(٢) قانون القروض المحلية لحكومة السودان ، السندات المسجلة : ١٩٦٤/٩/١ أمر رقم ٧

من هذا أن السند عبارة عن قرض بفائدة، فهو على هذا داخل فى نطاق المعاملات الربوية فيكون إصداره من أول الأمر عملا غير شرعى، ولكنى أريد أن أفترض أن حكومة من الحكومات الإسلامية أو مؤسسة من المؤسسات الخيرية طلبت من الجمهور قرضا بغير فائدة وأصدرت سندات بذلك، فهل يصح لحاملى تلك السندات بيعها ؟...

الجواب : نعم ، يصح ؛ لأن هذا بيع الدين وقد رجحنا قول من يجوزه ، لكن ينبغى ألا يباع السند بثمن أقل من قيمته إذا بيع بنقود ، فلو كانت قيمة السند عشرة جنيهات لا يصح أن يباع بتسعة ؛ لأن فى هذا شبهة الربا على الأقل ، إذ أن المشترى سيأخذ عند حلول الأجل أكثر مما أعطى ، أما إذا بيع السند بغير النقود ، كأن بيع بحيوان مثلا ، فالبيع صحيح ، وهذا هو رأيى فى بيع جميع الأوراق المالية كالكمبيالات التى يتعامل بها الأفراد فيما بينهم ، فلصاحب الكمبيالة التى لم يحل أجلها أن يبيعها بغير النقود ، ولا يصح له أن يبيعها بنقود أقل من قيمتها .

٥ – بيع الإنسان ما ليس عنده

النصوص [١] :

عن حكيم بن حزام قال : أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت : يأتينى الرجل يسألنى من البيع ما ليس عندى ، أبتاع له من السوق ثم أبيعه ؟ قال : لا تبع ما ليس عندك[٢] .

---

(١) وانظر حديث عمرو بن شعيب ص ٨٠

(٢) رواه الخمسة وابن حبان واللفظ للترمذى . وقال الترمذى : حديث حكيم بن حزام حديث حسن قد روى عنه من غير وجه . منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٥ : ٢٥٢ و ٢٥٣ والجامع الصحيح ٣ : ٥٣٦

يدل هذا الحديث على أنه لايجوز أن يبيع الإنسان ما ليس عنده ثم يذهب إلى السوق ويشتريه ليسلمه للشخص الذى باعه له .

وعبارة « ما ليس عندك » تعنى ما ليس مملوكا للبائع ، ولا يدخل فيها المعدوم ولا المملوك الغائب عن مجلس العقد ، ولا الأشياء المباحة ، وذلك هو ما تدل عليه قصة الحديث ، فقد روى أن حكيم بن حزام كان يبيع الناس أشياء لا يملكها ، ويأخذ الثمن منهم ؛ ثم يدخل السوق فيشترى الأشياء ويسلمها لهم ، فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : لا تبع ما ليس عندك[1] .

وقد أخذ الفقهاء بهذا الحديث فمنعوا أن يبيع المرء ما لا يملكه وقت العقد بالأصالة عن نفسه ، على أن يمضى إلى السوق فيشتريه ويسلمه للمشترى . قال ابن قدامة : ولا نعلم فيه مخالفا [2] .

وعلة المنع هى الغرر الناشىء عن عدم القدرة على التسليم وقت العقد ، وما قد يترتب على ذلك من النزاع ، فإن البائع قد لايجد المبيع فى السوق والمشترى يطالبه به ولا يرضى إمهاله ؛ لأن العقد تم على أن يسلمه المبيع فى الحال ، ولأن بيع الإنسان مالا يملكه بطريق الأصالة عن نفسه تمليك لما لا يملك ، وهو محال كما يقول الكاسانى[3] . ونكتفى بإيراد نصين : أحدهما للحنفية ، والآخر للمالكية :

جاء فى ابن عابدين : من شرائط البيع كون المعقود عليه مملوكا للبائع

---

(١) انظر البدائع ٥ : ١٦٣ و ١٤٧ وقارن المدخل للفقه الإسلامى للاستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ٦٦٤ و ٦٦٥ هامش

(٢) المغنى ٤ : ٢٠٦

(٣) البدائع ٥ : ١٤٧

فيما يبيعه لنفسه ، فلا ينعقد بيع ما ليس مملوكا له وإن ملكه بعده[1] .

فبيع المرء ما ليس فى ملكه باطل عند الحنفية .

ويقول الباجى : يجب أن يكون المبيع معينا ويكون فى ملك بائعه ، فإن لم يكن فى ملكه وكان معينا لم يصح ، لما فيه من الغرر ، لأنه لا يمكنه تخليصه وإذا لم يقدر على تخليصه لم يمكن تسليمه ، ومالا يمكن تسليمه لا يصح بيعه ، ولذلك لم يجز بيع العبد الآبق ، والجمل الشارد ، والطائر فى الهواء والسمك فى البحر ، وغير ذلك مما لا يقدر على تسليمه[2] .

وأرى أن عدم جواز بيع ما ليس عند البائع خاص فيما كان فيه البيع حالا كما يستفاد من قصة الحديث ، ولأن هذه هى الحالة التى يتصور فيها النزاع ، أما لو تم البيع على أن يسلم البائع المبيع بعد مدة من الزمن ، فإن هذا ينطبق عليه حكم تأجيل المبيع ، وقد تقدم[3] ، ولهذا فلا ينبغى أن يقال : إن بيع الاستيراد المتعارف عليه عند التجار يتناوله النهى عن بيع ما ليس عند البائع ، لأن بيع الاستيراد مدخول فيه على تأجيل المبيع ، وبيع ما ليس عند البائع المنهى عنه مدخول فيه على تسليم المبيع فى الحال[4] .

---

(١) وفيه : ويستثنى من هذا السلم والمغصوب لو باعه الغاصب ، ثم ضمن قيمته وبيع الفضولى فإنه ينعقد موقوفا وبيع الوكيل فإنه بيع نافذ . حاشية ابن عابدين ٤ : ٧ . وفى استثناء بيع الفضول والوكيل نظر لأنهما لا يبيعان لنفسهما .

(٢) المنتقى شرح الموطأ ٤ : ٢٨٦ ، وانظر ٥ : ٧٧ . وانظر فى مذهب الشافعية المهذب ١ : ٢٦٧ والمختصر النافع فى فقه الإمامية ١٤٣ . وشرح النيل فى فقه الإباضية ٤ : ١٣٢

(٣) ص ٢٨٣ و ٢٨٨

(٤) يرى البغوى أن النهى فى الحديث خاص ببيع الأعيان التى لا يملكها البائع ، أما لو باع شيئا موصوفا فى الذمة فإن البيع يصح ويكون سلماً تطبق عليه شروط السلم : نيل الأوطار ٥ : ٢٥٢ ، وهذا يشبه وجهة نظر القانون فى تحديد بيع ملك الغير . ولا أوافق البغوى على هذا =

بيع ملك الغير فى القانون

لا يشترط القانون ملك البائع للمبيع إلا إذا كان المبيع شيئا معينا بالذات وقصد بالبيع نقل الملكية فى الحال ، وهذا هو ما يطلق عليه القانون « بيع ملك الغير » وهو بيع قابل للإبطال من قبل المشترى، فعلى هذا لا تشترط ملكية البائع للمبيع فى بيع الشىء غير المعين بالذات، كبيع إردب من الذرة ، وفى بيع الأشياء المستقبلة ، كما لا يشترط ملكيته للمبيع إذا باع شيئا معينا بالذات ،وعلق البيع على ملكه للمبيع[1] .

فالقانون يختلف عن الفقه الإسلامى فى أنه يجوز بيع الإنسان مالا يملكه إذا كان شيئا غير معين بالذات ،سواء قصد بالبيع نقل الملكية فى الحال أو بعد أجل ، فى حين أن الفقه الإسلامى يمنع هذا البيع إذا قصد به نقل الملكية فى الحال، ولا يجيزه إلا فى السلم بشروطه على رأى الشافعية الذين يجوزون السلم حالا، ويختلف القانون أيضاً عن الفقه الإسلامى فى أنه يجوز البيع إذا علقه البائع على ملكيته للمبيع ، ولو كان معينا بالذات ، وقد رأينا أن جمهور الفقهاء لا يجيزون تعليق البيع[2] ، كما يختلف القانون عن الفقه فى حكم بيع ملك الغير، فهو بيع باطل بطلانا مطلقا فى الفقه الإسلامى ، فى حين أنه فى القانون قابل للإبطال لمصلحة المشترى .

= الفهم لأن الظاهر من قصة الحديث أن حكيم بن حزام ما كان يبيع أشياء معينة بالذات ،لأنه لا يتأتى أن يكون مايبيعه معينا بالذات ثم يذهب ويشتريه من السوق .

وانظر زاد المعاد ٤: ٢٦٢ — ٢٦٦ والبيوع والمعاملات المالية المعاصرة للدكتور محمد يوسف موسى ١٨٩ — ١٩٥

(١) انظر المواد ٤٦٦ — ٤٦٨ ، والمذكرة الإيضاحية ٤ : ١٩٣ ، والوسيط للدكتور السنهورى ٤ : ٢٦٨ — ٢٧٥ وشرح العقود المدنية للأستاذ الدكتور جميل الشرقاوى ١ : ١٠٠ — ١٠٧ ويلاحظ أن الدكتور الشرقاوى انتهى فى بحثه بيع ملك الغير إلى أن ملكية البائع للمبيع ليست من شروط صحة البيع

(٢) انظر ص ١٣٨

٦ – بيع ما لم يقبض

النصوص [١] :

١ – عن ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يبيع الرجل طعاماً حتى يستوفيه ، قلت لابن عباس : كيف ذلك ؟ قال: ذلك دراهم بدراهم ، والطعام مرجأ [٢] .

٢ – عبد الله بن دينار قال: سمعت ابن عمر رضى الله عنهما يقول : قال النبي صلى الله عليه وسلم : من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يقبضه [٣] .

٣ – عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يبيع أحد طعاما اشتراه بكيل حتى يستوفيه [٤] .

٤ – عن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من اشترى طعاما بكيل أو وزن فلا يبيعه حتى يقبضه [٥] .

٥ – مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه قال : كنا فى زمان رسول

---

(١) انظر أحاديث النهى عن بيع الجزاف قبل نقله فى ص ٢٣٢

(٢) رواه البخارى. صحيح البخارى ٣ : ٦٨، وفى رواية للبخارى أيضا أن سفيان قال : الذى حفظناه من عمرو بن دينار سمع طاوسا يقول : سمعت ابن عباس رضى الله عنهما يقول: أما الذى نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم فهو الطعام أن يباع حتى يقبض . قال ابن عباس : ولا أحسب كل شىء إلا مثله. المصدر السابق، وانظر صحيح مسلم ١٠ : ١٦٨ والترمذى ٣ : ٥٨٦، وانظر أيضا منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٥ : ٢٠٦

(٣) رواه البخارى ومالك. صحيح البخارى ٣ : ٦٨، والموطأ ٤ : ٢٧٩ وانظر أيضا منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٥ : ٢٠٦

(٤) رواه أبو داود والنسائى. سنن أبى داود ٣ : ٢٨١، وسنن النسائى ٧ : ٢٨٦

(٥) رواه أحمد. مسند الإمام أحمد ١ : ١١١

الله صلى الله عليه وسلم نبتاع الطعام فيبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذى ابتعناه فيه إلى مكان سواه قبل أن نبيعه[1].

٦ — عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: من اشترى طعاما فلا يبيعه حتى يكتاله[2].

٧ — عن أبي الزبير أنه سمع جابر بن عبد الله يقول: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: إذا ابتعت طعاما فلا تبعه حتى تستوفيه[3].

٨ — عن حكيم بن حزام قال: قلت: يا رسول الله. إني أشترى بيوعا فما يحل لى منها وما يحرم على؟ قال: فإذا اشتريت بيعا فلا تبعه حتى تقبضه[4].

٩ — عن ابن عمر قال: ابتعت زيتا فى السوق فلما استوجبته لنفسى

---

(١) أخرجه مالك، وأحمد. الموطأ بهامش المنتقى ٤: ٢٨٣ والمسند ٤: ٥٦

(٢) رواه مسلم، صحيح مسلم ١٠: ١٧١ وانظر المنتقى مع نيل الأوطار ٥: ٢٥٦

(٣) رواه مسلم، صحيح مسلم ١٠: ١٧٢ وانظر أيضا المنتقى مع نيل الأوطار ٥: ٢٥٦

(٤) رواه أحمد، وأخرجه أيضا الطبرانى فى الكبير، المسند ٣: ٤٠٢، ومنتقى الأخبار ٥: ٢٥٦، وفيه «شيئا» بدل «بيعا» ونيل الأوطار ٥: ٢٥٦، وقال الشوكانى: فى إسناد هذا الحديث العلاء بن خالد الواسطى، وقد اختلف فيه، فوثقه ابن حبان، وضعفه موسى بن إسماعيل.

وقال ابن رشد: قال أبو عمر: حديث حكيم بن حزام رواه يحيى بن أبى كثير عن يوسف بن ماهك أن عبد الله بن عصمة حدثه أن حكيم بن حزام قال... ويوسف بن ماهك وعبد الله بن عصمة لا أعرف لهما جرحة إلا أنه لم يرو عنهما إلا رجل واحد فقط، وذلك فى الحقيقة ليس بجرحة وإن كرهه جماعة من المحدثين، بداية المجتهد ٢: ٤٥.

وقال ابن حزم عن عبد الله بن عصمة: متروك، ولكن ابن حزم روى هذا الحديث عن طريق آخر ليس فيه عبد الله بن عصمة وقال: إنه سند صحيح. المحلى ٨: ٥١٩.

لقيني رجل فأعطاني به ربحا حسنا فأردت أن أضرب على يده فأخذ رجل من خلفي بذراعي فالتفت ، فإذا زيد بن ثابت فقال : لاتبعه حيث ابتعته حتى تحوزه إلى رحلك ، فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم[1] .

مايستفاد من الأحاديث :

تدل هذه الأحاديث على نهي من اشترى طعاما أن يبيعه قبل قبضه ، سواء أكان الطعام معيناً ، بأن اشتراه جزافا ، أم غير معين بأن اشتراه على الكيل أو الوزن ، وذلك لأن بعض الأحاديث ذكر فيها الطعام مطلقا ، وهي أكثر الأحاديث وكلها متفق على صحتها ، وبعضها ذكر فيه مقيداً بالجزاف ، وهو حديث ابن عمر المتفق على صحته أيضا ، وفي حديث آخر لابن عمر جاء الطعام مقيدا بالكيل ، وفي حديث له أيضا جاء مقيدا بالكيل والوزن ، وهذان الحديثان مقبولان أيضا ، وإن كانا دون مرتبة الأحاديث المطلقة والمقيدة بالجزاف ، فمن أجل هذا أخذنا بها جميعاً .

هل النهي للتحريم أم للكراهة ؟

النهي الوارد في الحديث للتحريم ؛ لأن الأصل في صيغة النهي أن تكون للتحريم ، إلا إذا وجدت قرينة تصرفها إلى الكراهة[2] ، وليست هنا قرينة صارفة عن التحريم ، بل قد جاء في بعض الروايات الصحيحة ما يؤكد التحريم ،

---

(١) رواه أبو داود ، والدارقطني . سنن أبي داود ٣ : ٣٨٢ ومنتقى الأخبار ٥ : ٢٥٦ ، وأخرجه أيضا الحاكم وابن حبان . نيل الأوطار ٥ : ٢٥٦ ، وفي إسناد هذا الحديث أحمد بن خالد الوهبي ، وقد قال فيه ابن حزم : إنه مجهول . المحلى ٨ : ٥٢٣ ، ولكن الحاكم وابن حبان صححا هذا الحديث . نيل الأوطار ٥ : ٢٥٦

(٢) انظر تفسير النصوص في الفقه الإسلامي للدكتور محمد أديب صالح ٨٧٩

وهو أن الناس كانوا يضربون فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا اشتروا طعاما جزافا أن يبيعوه قبل تحويله من مكانه [١] والعقوبة بالضرب لا تكون إلا على أمر محرم .

بيع الطعام قبل قبضه فاسد:

وإذا ثبت أن النهى للتحريم فإن بيع الطعام قبل قبضه يكون فاسدا، وهذا هو ما جرى عليه العمل فى عهد الصحابة ، فقد كان عمر بن الخطاب ينهى عن بيع الطعام قبل قبضه ويرد البيع إذا وقع ، ولا يكون الرد إلا إذا كان البيع غير صحيح . فقد روى مالك عن نافع أن حكيم بن حزام ابتاع طعاما أمر به عمر بن الخطاب للناس ، فباع حكيم الطعام قبل أن يستوفيه ، فبلغ ذلك عمر ابن الخطاب فرده عليه ، وقال : لا تبع طعاما ابتعته حتى تستوفيه [٢].

وكذلك روى أن مروان بن الحكم أمر برد البيع فى الصكوك التى بيعت قبل أن تستوفى بعد استنكار من زيد بن ثابت وأبى هريرة . فقد روى مالك فى الموطأ أنه بلغه أن صكوكا [٣] خرجت للناس فى زمان

---

(١) انظر ص ٢٣٢

(٢) الموطأ ٤ : ٢٨٤ ـ انظر كيف يصدر هذا من حكيم ، مع أنه هو نفسه روى أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال له : « إذا اشتريت بيعا فلا تبعه حتى تقبضه » هذا الخبر فى نظرى يقوى رأى القائلين بضعف الحديث المروى عن حكيم .

(٣) الصكوك جمع صك ، وهو الورقة المكتوبة بدين ، والمراد بها هنا الورقة التى تخرج من ولى الأمر بالرزق لمستحقه بأن يكتب فيها لفلان كذا وكذا من طعام أو غيره ، ومن هذه الصكوك ما يكون بعمل كأرزاق القضاة والعمال ، ومنها ما يكون بغير عمل كالعطاء لأهل الحاجة والظاهر أن تلك الصكوك كانت من الطعام . النووى على مسلم ١٠ : ١٧١ والمنتقى على الموطأ ٤ : ١٨٥ .

مروان بن الحكم من طعام الجار[١] ، فتبايع الناس تلك الصكوك بينهم قبل أن يستوفوها ، فدخل زيد بن ثابت ، ورجل من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم على مروان بن الحكم فقالا : أتُحلُّ الربا يا مروان ؟ فقال: أعوذ بالله ، وما ذاك ؟ فقال : هذه الصكوك تبايعها الناس ثم باعوها قبل أن تستوفى ، فبعث مروان بن الحكم الحرس يتبعونها ينزعونها من أيدى الناس ويردونها إلى أهلها [٢] . وجاء مثل هذا الخبر فى المعنى عن أبى هريرة[٣] ، ولعله هو الصحابى الذى كان مع زيد بن ثابت ، وأشار إليه مالك من غير ذكر اسمه.

ما المراد بالطعام؟ وما المراد بالقبض ؟ :

وإذا كنا قد انتهينا إلى أن بيع الطعام قبل قبضه فاسد ، فعلينا أن نحدد المراد بهاتين الكلمتين : الطعام والقبض .

المراد بالطعام :

يرى بعض الفقهاء أن الطعام يطلق على القمح خاصة ، ويؤيدون رأيهم بما روى البخارى عن أبى سعيد الخدرى قال : « كنا نخرج زكاة الفطر صاعا من طعام ، أو صاعا من شعير ، أو صاعا من تمر ، أو صاعا من أقط ، أو صاعا من زبيب[٤] ». فإن ظاهر هذا الخبر أن الطعام غير الشعير وما ذكر بعده ، وقد حكى الخطابى : أن المراد بالطعام هنا الحنطة أى القمح ، وأن الطعام اسم خاص للقمح ، وقد كانت لفظة الطعام تستعمل فى القمح عند الإطلاق ، حتى

---

(١) الجار موضع بساحل البحر يجمع فيه الطعام ، ثم يفرق على الناس بصكاك . الزرقانى على الموطأ ٣ : ٢٨٨ .

(٢) الموطأ بهامش المنتقى ٤ : ٢٨٥

(٣) النووى على مسلم ١٠ : ١٧١

(٤) صحيح البخارى ٢ : ١٣١

إذا قيل : اذهب إلى سوق الطعام ،فهم منه سوق القمح [1] .

ويرى آخرون أن الطعام لا يختص بالقمح، وإنما يشمل كل ما تعارف الناس على إطعامه ، ويؤيدون رأيهم بما رواه البخاري عن أبي سعيد الخدري أيضا ، قال: كنا نخرج في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الفطر صاعا من طعام ، وقال أبو سعيد : وكان طعامنا الشعير والزبيب والأقط والتمر. فهذا نص في أن الطعام يطلق على غير القمح ، فلعل أبا سعيد أجمل الطعام في الحديث الأول ثم فسره ، أو أراد طعاما آخر غير القمح ، لأن القمح لم يكن قوتا في زمن النبي صلى الله عليه وسلم ، وإنما كان في زمن معاوية [2] .

والذي أرجحه أن الطعام في الحديث يشمل كل ما يطعم من قمح وشعير وسائر أنواع المطعومات ، سواء كانت مأكولات كالتمر والفاكهة ، أو كانت من الأدم كالزيت والعسل ؛ لأنه يستعمل لغة في كل هذا . وإن كانت العرب أطلقته على القمح أحيانا ، كما أطلقت المال على الإبل .

ولم أجد تعليلا مقبولا لقصره على القمح في هذا الحديث ، وكون الطعام قد أطلق في بعض الأحاديث على القمح لا يعني أنه قد أصبح خاصًا به ؛ لأنه أطلق في أحاديث أخرى على غير القمح أيضا [3] .

المراد بالقبض :

نهت بعض الأحاديث عن بيع الطعام قبل كيله ، وهذا لا يكون إلا فيما يبيع

---

(١) فتح الباري ٢ : ٢٩١

(٢) فتح الباري ٢ : ٢٩١ و٢٩٢

(٣) انظر ، القاموس المحيط ، وأساس البلاغة للزمخشري ، والنهاية لابن الأثير .

على الكيل ، ونهت بعضها عن بيعه قبل تحويله من مكانه ، وخصصت بعضها هذا الحكم بالجزاف ، فى حين أن بعضا آخر نهى عن بيع ما اشترى جزافا من الطعام قبل أن يحوزه التجار إلى رحالهم ، وجاء فى بعض الأحاديث النهى عن بيع الطعام قبل الاستيفاء ، وفى بعضها النهى قبل القبض من غير تقييد بهيئة خاصة للقبض أو الاستيفاء .

ونستطيع أن نأخذ من هذا أن القبض فى المكيل ونحوه يكون باستيفاء قدره ، وأن القبض فى الجزاف يكون بتحويله إلى رحل المشترى أو إلى أى مكان آخر غير المكان الذى بيع فيه ، ولم تتعرض الأحاديث للقبض فى غير الجزاف والمكيل فيرجع فيه إلى العرف .

هل النهى خاص بالطعام ؟:

خصصت كل الأحاديث المتفق على صحتها النهى عن البيع قبل القبض بالطعام ، وهذا يدل بمفهومه على إباحة بيع ما عدا الطعام قبل قبضه ؛ لأن تخصيص النبى صلى الله عليه وسلم الطعام بالنهى عن بيعه قبل قبضه دليل على مخالفة غيره له ، وهذا رأى له وجاهته ، ولكن مع هذا لا أرى الأخذ به ، للأسباب الآتية :

١ — علة النهى عن بيع الطعام قبل قبضه ، سواء كانت الربا أو الغرر ، موجودة فى بيع غير الطعام قبل قبضه فيجب أن يسوى بينهما فى الحكم .

٢ — قول ابن عباس : « ولا أحسب كل شىء إلا مثله » يعنى أن غير الطعام ينبغى أن يقاس على الطعام الثابت النهى عن بيعه قبل قبضه بالسنة ، وهذا من تفقه ابن عباس ، كما يقول ابن حجر [1] ، وابن عباس هو راوى

---

(١) فتح البارى ٤ : ٢٧٨ المطبعة البهية .

الحديث وهو أعرف بمرماه .

٣ — حديث حكيم بن حزام الذى جاء فيه : « إذا اشتريت بيعاً فلاتبعه حتى تقبضه » وحديث زيد بن ثابت الذى ورد فيه النهى عن بيع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم . فإن كلمة « بيع » و « السلع » عامة تشمل الطعام وغيره .

وهذان الحديثان وإن كان فى كل منهما مقال إلا أن القياس الصحيح ، وقول ابن عباس يقويان الأخذ بهما ، ولا يصح تخصيصهما بمفهوم الحديث الخاص ؛ لأن الطعام ، كما يقول ابن القيم ، وإن كان مشتقا فاللقبية أغلب عليه حيث لم يرد معنى يقتضى اختصاص النهى به دون سواه ، كما لا يصح تقديم حديث النهى عن بيع الطعام على هذين الحديثين ؛ لأنه لا تعارض بينهما ، إذ لا مانع من ذكر الشىء بحكم ، وذكر بعضه بذلك الحكم ، فالعمل ممكن بكل هذه الأحاديث فوجب الأخذ بها كلها .

لهذا فإنى أرى أن ذكر الطعام لم يقصد به التخصيص ، وإنما خرج مخرج الغالب ؛ لأنه أكثر ما يتعامل فيه الناس ، فالنهى إذن يتناول الطعام وغيره ، منقولا كان أو عقاراً .

هل النهى عن البيع قبل القبض خاص فيما ملك بالشراء ؟

كل الأحاديث تدل على أن النهى عن البيع قبل القبض هو فيما ملك بالشراء خاصة ، ماعدا حديث ابن عباس فإنه لم يصرح فيه بذلك ، ولكن تعليل ابن عباس للنهى يشير إشارة واضحة إلى أنه فيما ملك بالشراء ، فإن قوله : «ذلك دراهم بدراهم والطعام مرجأ» يعني أن الشخص إذا دفع مائة

درهم فى طعام ثم باعه قبل أن يقبضه بمائة وعشرين درهما فكأنما باع مائة درهم بمائة وعشرين،وهذا واضح فى بيع مااشترى قبل قبضه ؛ ولهذا فإنى أرى حمل حديث ابن عباس على سائر الأحاديث ، فيكون المنهى عنه بالنص هو البيع قبل القبض فيما ملك بعقدالبيع ، وأما ما ملك بالعقود الأخرى أوماملك بغير عقد كالإرث فإن النص لا يتناوله ، ولكن القياس يقضى بإلحاق ما تتحقق فيه العلة بالبيع ، وإذا نظرنا إلى علة المنع وهى الغرر أو الربا أوهما معا ، نجد أن العلتين تتحققان معا فيما ملك بعقد البيع ، وأن علة الربا مقصورة على البيع لا تتعداه لغيره من العقود[1] ، أما علة الغرر ، فإنها تتحقق فى كل أسباب الملك حتى الإرث ؛ لأن المال الموروث إذا بيع قبل قبضه قد يهلك قبل القبض ، فيعجز البائع عن التسليم ، ولكن علة الغرر هذه أقوى فيما ملك بالبيع منها فى غيره ، لأن فيه غرر انفساخ العقد بهلاك المحل كما يقول الحنفية ، وغرر انفساخه بجحود البائع الأول واحتياله إذا رأى البائع الثانى ربح فيه ربحا كثيراً كما يقول ابن تيمية[2] ، ولهذا فإنى أرى الوقوف عند النص فلا نمنع البيع قبل القبض إلا فيما ملك بالشراء وحده ، وذلك لضعف علة المنع فيما ملك بأسباب التملك الأخرى .

ونتتقل بعد هذا إلى بيان ما قاله الفقهاء فى هذا الموضوع :

---

(١) من الغريب أن المالكية الذين يعللون المنع بالربا ألحقوا أكثر عقود المعاوضات بالبيع .

(٢) انظر الكلام عن علة منع بيع الشىء المملوك قبل قبضه .

آراء الفقهاء فى حكم التصرف فيما لم يقبض

إذا ملك إنسان شيئا وأراد أن يتصرف فيه بالبيع أو غيره قبل أن يقبضه فهل يجوز له ذلك ؟ اختلف الفقهاء فى هذه المسألة ، فمنهم من أجاز ذلك مطلقا ، ومنهم من منعه مطلقا ، ومنهم من أجازه فى بعض الأشياء ،وفى بعض التصرفات دون بعض ، وسنبين هنا حكم البيع فيما لم يقبض،أما سائر التصرفات فسنذكر حكمها فى أماكنها[1] .

ويستحسن أن نبين أولا المراد بالقبض عند الفقهاء ثم نذكر الحكم بعده :

المراد بالقبض :

فى العقار : إذا كان محل العقد عقارا فإن قبضه يكون بالتخلية بينه وبين من انتقل إليه الملك ، بحيث يتمكن من الانتفاع به الانتفاع المطلوب عرفا ، وهذا لا خلاف فيه لأنه هو الممكن[2] .

فى المنقول : أما إذا كان محل العقد مما يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر ، فقد اختلف الفقهاء فى تحديد القبض بالنسبة له . فقال الحنفية : القبض فى المنقول كالقبض فى العقار يكون بالتخلية إلا فى المكيل والموزون ونحوهما فإن قبضه يكون باستيفاء قدره[3] ، والمشهور عن المالكية أن المنقول إن كان جزافا فقبضه بالتخلية[4] ، وإن كان مقدرا فباستيفاء قدره ، وإن

---

(١) انظر الباب الثانى : أثر الغرر فى غير البيع .

(٢) ابن عابدين ٤ : ٢٢٦ والدسوقى على الشرح الكبير ٣ : ١٢٦ ، والبحر الزخار ٣ : ٣٧٠ ، والمجموع شرح المهذب ٩ : ٢٨٣ ، والمغنى ٤ : ١١١ ، والمحلى ٨ : ٥١٨

(٣) ابن عابدين ٤ : ٢٢٦

(٤) الرواية الأخرى أن الجزاف قبضه بنقله من مكانه .

كان حيوانا أو ثيابا أو دراهم ونحوها فالمرجع فيه إلى العرف[1] .

وقال الشافعية : القبض فى المنقول يرجع فيه إلى العرف ، فما جرت العادة بنقله وتحويله من مكانه ، كالأخشاب والحبوب فقبضه بالنقل إلى مكان لا اختصاص للبائع به ، وما جرت العادة بتناوله باليد كالدراهم والثوب والكتاب ونحوها فقبضه بالتناول[2] .

وعند الحنابلة : قبض كل شىء بحسبه ، فما ينقل ويحول إن كان جزافا فقبضه بنقله ، وإن كان مكيلا ونحوه فقبضه بكيله ، وإن كان دراهم ونحوها فقبضه بتناوله باليد ، وذلك لأن القبض ورد مطلقا فى الشرع ، فيجب الرجوع فيه إلى العرف ، والعرف جرى بقبض هذه الأشياء بهذه الصفة ، وقد جاء فى الحديث ما يدل على أن قبض الجزاف بنقله وتحويله من مكانه .

وروى أبو الخطاب عن أحمد : أن القبض فى كل شىء بالتخلية مع التمييز ؛ لأنه ما دام البائع قد خلى بين المشترى والمبيع من غير حائل ، فإن المشترى يعتبر قابضا للمبيع كما فى العقار[3] .

والقبض عند الشيعة الزيدية ، والإمامية يكون بالتخلية فلافرق عندهم بين العقار والمنقول ؛ لأن الاستيلاء يحصل بالتخلية ، وفى مذهب الإمامية قول بأن القبض فى القماش هو الإمساك باليد ، وفى الحيوان هو نقله[4] .

---

(١) الدسوقى على الشرح الكبير ٣ : ١٢٦ والمنتقى ٤ : ٢٧٩ ـ ٢٨٣

(٢) المجموع شرح المهذب ٩ : ٢٧٥ ، ٢٧٦ و ٢٨٣

(٣) المحرر ٣٢٣ والمغنى ٤ : ١١١ ، ١١٢ و ١٢٤

(٤) البحر الزخار ٣ : ٣٦٩ والمختصر النافع ١٤٨

ويفرق الظاهرية بين الطعام وغيره ، والطعام عندهم هو القمح خاصة ، فالقبض فى غير الطعام يكون بأن يطلق البائع يد المبتاع عليه بألا يحول بينه وبين ما اشتراه ، أى بالتخلية . أما الطعام فلا يتم قبضه إلا إذا نقل من مكانه الذى هو فيه إلى مكان آخر إن بيع جزافا ، وإلا إذا كاله المبتاع إن بيع على الكيل[1] .

• والذى أرجحه من هذه الآراء أن المنقول إذا كان مقدرا فقبضه يكون باستيفاء قدره ، وهو مذهب الحنفية والمالكية والحنابلة ، وإذا كان جزافا فقبضه بنقله من مكانه ، وهو مذهب الحنابلة ورواية عند المالكية ، وفيما عدا الجزاف والمقدر يكون القبض ما يعتبره العرف قبضا ، وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة،وذلك عملا بالأحاديث الصحيحة المصرحة بالأمر بالكيل فيما بيع بالكيل ، والأحاديث المصرحة بالنهى عن بيع الجزاف حتى ينقل ، وعملا بالعرف فيما لم يرد فيه نص .

حكم بيع ما لم يقبض :

المجوزون :

ذهب بعض الفقهاء إلى أن القبض ليس شرطا فى صحة البيع، فيجوز عندهم بيع كل شىء قبل قبضه ، نقل هذا الرأى عن عطاء[2] ، وعثمان البتى[3] من غير استدلال عليه . وللشيعة الإمامية قولان فى بيع ما لم يقبض ، قول بالكراهة ،

---

(١) المحلى ٨ : ٥١٨ و ٥٢١ و ٥٢٣

(٢) المحلى ٨ : ٥٢٠

(٣) النووى على مسلم ١٠ : ١٧٠ قال النووى : وهو قول شاذ ، وقال ابن عبد البر : وهذا قول مردود بالسنة ، والحجه المجمعة على الطعام ، وأظنه لم يبلغه الحديث ، ومثل هذا لا يلتفت إليه .

وحجته أن النهى الوارد فى الأحاديث الصحيحة محمول على الكراهية ؛ جمعاً ، بينها وبين ما دل على الجواز ،وقول بالحرمة ، وقد رجح الشيخ الحلى القول بالكراهة،وهذا نص عبارته : « ولا بأس ببيع ما لم يقبض ، ويكره فيما يكال أو يوزن ، وتتأكد الكراهية فى الطعام ، وقيل : يحرم[1] » . ورجح الشهيد الثانى القول بالحرمة وها هى عبارته : « والأقوى التحريم وفاقا للشيخ رحمه الله فى المبسوط مدعيا الإجماع،والعلامة رحمه الله فى التذكرة والإرشاد لضعف روايات الجواز المقتضية لحمل النهى فى الأخبار الصحيحة على غير ظاهره[2] » .

المانعون :

اتفق جمهور الفقهاء على أن هناك أشياء لا يجوز بيعها قبل قبضها ؛ عملا بالأحاديث الصحيحة المصرحة بالنهى عن بيع بعض الأشياء قبل قبضها ، بل إن ابن المنذر قد حكى الإجماع على هذا،ولكن جمهور الفقهاء اختلفوا بعد ذلك فى تحديد هذه الأشياء التى لا يجوز بيعها قبل قبضها ، كما اختلفوا فى هل هذا الحكم عام فى كل أسباب التملك أم خاص ببعضها دون بعض؟[3] .

وسنذكر فيما يلى آراءهم مفصلة فى هذين الموضوعين :

ما يجوز بيعه قبل قبضه وما لا يجوز :

لا يجوز عند الحنفية أن يبيع المشترى المنقول قبل القبض ، لأن فى هذا البيع غررا ؛ لأنه لا يدرى هل يبقى المبيع أم يهلك قبل القبض ، فيبطل البيع

---

(١) المختصر النافع ١٤٨

(٢) الروضة البهية ٢٩٣ ولم أطلع على دليل الجواز الذى يشيرون إليه.

(٣) بداية المجتهد ٢ : ١٤٤ والمغنى ٤ : ١٠٩

الأول ، فينفسخ الثانى ؛ لأنه مبنى على الأول ، ولا فرق بين أن يبيعه من بائعه أو من غيره ؛ لأن علة المنع تصدق على الحالين .

أما العقار [(١)] فيجوز بيعه قبل قبضه عند الشيخين استحسانا ؛ لأن تلف العقار غير محتمل فانتفى الغرر . وقال محمد ، وزفر : لا يجوز بيعه قبل قبضه كالمنقول ، لأن الحديث الوارد فيه النهى عن بيع ما لم يقبض لم يفرق بين العقار والمنقول ، أما الشيخان فيريان أن النهى معلل بخشية هلاك المبيع قبل تسليمه ، وهذا محتمل فى المنقول دون العقار ، ولذا لو كان العقار يخشى هلاكه قبل القبض ، بأن كان على شط النهر أو فى موضع لا يؤمن أن تغلب عليه الرمال ، فهو كالمنقول لا يجوز بيعه قبل قبضه عند الجميع [(٢)] .

ويفرق المالكية بين الطعام وغيره ، فغير الطعام يجوز بيعه قبل قبضه عقارا كان أو منقولا ، مكيلا أو غير مكيل ، مستدلين بحديث : « من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه » ووجه الاستدلال أن النبى صلى الله عليه وسلم خص هذا الحكم بالطعام فدل ذلك على أن غير الطعام مخالف له ، غير أنه إذا بيع على الكيل أو الوزن فلا يجوز للمشترى أن يبيعه قبل قبضه بثمن مؤجل ، وذلك لأن ضمان المكيل والموزون من البائع حتى يستوفى، فإذا باعه المشترى بثمن مؤجل قبل أن يستوفيه كان ذلك من بيع الكالىء بالكالىء [(٣)] .

---

(١) العقار عند الحنفية هو ما لا يمكن نقله من مكان لآخر ، والمنقول ما يمكن نقله من مكان لآخر سواء بقى على حالته أو تغير ، فهو يشمل كل شىء غير الأرض . انظر المدخل للفقه الإسلامى للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ٤٧٣ ط أولى.

(٢) الأصل لمحمد ٩١ ، والبدائع ٥ : ١٨٠ ، وابن عابدين ٤ : ٢٢٤ .

(٣) القوانين الفقهية : ٢٤١ ، والمنتقى شرح الموطأ ٤ : ١٥٨ و١٦٢ و٢٨٠ و٥ : ٣٥ وانظر ص ٣١٠ وما بعدها .

أما الطعام [1] فإن بيع جزافا يجوز للمشترى أن يبيعه قبل قبضه ، أى قبل أن ينقله من مكانه ، وذلك لأن الجزاف عندهم يدخل فى ضمان المشترى بنفس العقد ، لأن استيفاءه يكون بتمام العقد ، وقد روى الوقار ، عن مالك: أنه لا يجوز بيع شىء من المطعومات ، بيع على الكيل أو الوزن أو العدد أو على الجزاف ،قبل قبضه، وحكى القاضى أبو محمد: أن مالكا استحب أن يباع بعد نقله ، ليخرج من الخلاف [2]. وإن لم يبع الطعام جزافا بأن بيع مكايلة أو موازنة أو عدا فلا يجوز بيعه قبل قبضه ، سواء أكان الطعام ربويا أم غير ربوى على الأشهر، وروى ابن وهب عن مالك جواز بيع غير الربوى قبل قبضه [3].

أما الشافعية فلا يجوز عندهم بيع أى مبيع قبل قبضه طعاما أو غيره ، منقولا أو عقاراً ، لا بإذن البائع ولا بغير إذنه ، لا بعد أداء الثمن ولا قبله ؛ وذلك لحديث حكيم بن حزام ، وحديث زيد بن ثابت [4] .

وأما الحنابلة فقد اختلفت الروايات فى مذهبهم فروى عنهم أن القبض شرط فى المقدرات،فمن اشترى مكيلا ، أو موزونا ، أومعدودا ، أو مذروعا ، لم يجز تصرفه فيه قبل قبضه ، سواء كان متعينا كالصبرة أو غير متعين كقفيز منها .

أما غير المقدرات فيجوز تصرف المشترى فيها قبل قبضها على المشهور ،

---

(١) والطعام عندهم يشمل كل ما تجب فيه الزكاة من الحبوب والأدم بجميع أنواعها . الموطأ : ٤ : ٢٨٩

(٢) القوانين الفقهية ٢٤٩ ، وبداية المجتهد ٢: ١٤٦ و١٤٧ ، والمنتقى ٤: ٢٨٤،٢٨٣

(٣) القوانين الفقهية ٢٤٩ ، وبداية المجتهد ٢ : ١٤٤ و ١٤٥ ، والمنتقى ٤ : ٢٧٩ و ٢٨٠ و ٢٨٩ ، وانظر فيه دليل كل من الروايتين .

(٤) المجموع شرح المهذب ٩ : ٢٦٤ و ٢٧١

وقال القاضي وأصحابه ، إذا كان المقدر معينا كالصبرة يبيعها من غير تسمية كيل فإنه يجوز للمشترى التصرف فيها قبل قبضها ، وقال ابن عبد البر : الأصح عن أحمد أن الذى يمنع من بيعه قبل قبضه هو الطعام وحده ، معينا أو غير معين ؛ للأحاديث الدالة على ذلك ، وحكى أبو الخطاب عن أحمد : أن القبض شرط فى كل مبيع ، فلا يجوز بيع شىء قبل قبضه ، واختار هذه الرواية ابن عقيل ، لقول ابن عباس : « أرى كل شىء بمنزلة الطعام » [١] .

والشيعة الزيدية كالشافعية لا يجوز عندهم بيع شىء قبل قبضه ؛ لحديث حكيم : « إذا ابتعت مبيعا فلا تبعه حتى تستوفيه » وهو عام فى جميع المبيعات [٢] ، ومثلهم الظاهرية [٣] .

وروى عن عثمان بن عفان ، وسعيد بن المسيب ، وابن سيرين ، والحسن ، والحكم ، وحماد بن أبى سليمان ، والأوزاعى ، وإسحق ، وأبى ثور أن كل ما بيع على الكيل والوزن لا يجوز بيعه قبل قبضه ، وما ليس بمكيل ولا موزون يجوز بيعه قبل قبضه [٤] وروى عن عبد العزيز بن أبى سلمة ، وابن حبيب ، وربيعة ، ويحى بن سعيد : أن القبض شرط لصحة البيع فى كل مكيل أو موزون

---

(١) المغنى ٤ : ١٠٧ — ١١١ و ١١٣ و ١٢٤ والمحرر ٣٢٣

(٢) البحر الزخار ٣ : ٣١١

(٣) المحلى ٨ : ٥١٨ — ٥١٩

(٤) المغنى ٤ : ١٠٧ وفيه أن إسحق يمنع أيضا بيع المعدود . والبحر الزخار ٣ : ٣١١ ، وفيه أن سعيد بن المسيب يمنع أيضا بيع المعدود والمذروع قبل قبضه ، والمجموع شرح المهذب ٩ : ٢٧٠ ، وفيه أن أبا ثور يمنعه فى المأكول والمشروب ، وبداية المجتهد ٢ : ١٤٤ ، والمحلى ٨ : ٥٢٠ .

أومعدود [١] ، وعن الثورى روايتان: رواية بأن القبض شرط فى كل مبيع ، [٢] وأخرى بأنه شرط فى المطعومات خاصة سواء بيعت جزافا أو بيعت على الكيل ، أو الوزن ، أو العدد [٣] .

وقد أيد ابن القيم رأى من يمنع بيع كل شىء قبل قبضه [٤] .

وأنا أؤيده أيضا ، لأنه أقرب الآراء إلى ما يفهم من الأحاديث [٥] .

العقود التى يشترط قبض المحل فيها قبل بيعه والعقود التى لا يشترط فيها ذلك

القاعدة العامة فى هذا عند الحنفية أن كل عوض ملك بعقد ينفسخ فيه العقد بهلاكه قبل القبض لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه ، كالمبيع والأجرة وبدل الصلح إذا كان معينا ، وكل عوض ملك بعقد لا ينفسخ العقد فيه بهلاكه قبل القبض يجوز التصرف فيه قبل قبضه ، كالمهر وبدل الخلع ، وبدل العتق ، وبدل الصلح عن دم العمد ، وفقه هذه القاعدة ، أن الصحة هى الأصل فى التصرفات الصادرة من الأهل فى المحل ، وأن الفساد هنا جاء من عارض غرر الانفساخ ، وهو غير متوهم فى التصرفات التى لا تحتمل الفسخ فبقيت على الأصل ، ولهذا جاز بيع الميراث ، والموصى به قبل القبض ، أما الميراث فلأن

---

(١) بداية المجتهد ٢ : ١٤٥ والمنتقى ٤ : ٢٨٠

(٢) بداية المجتهد ٢ : ١٤٤

(٣) المنتقى ٤ : ٢٨٣

(٤) بدائع الفوائد ٢٥٠ و ٢٥١

(٥) انظر ص ٣٢٩

معنى الغرر لا يتقرر فيه، ولأن الوارث خلف المورث، ولو كان المورث موجودا لجاز تصرفه فيه، فكذلك خلفه، وأما الوصية فلأنها أخت الميراث[1].

والحنابلة يوافقون الحنفية فى هذه القاعدة، قال ابن قدامة : وكل عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل القبض لم يجز التصرف فيه قبل قبضه، كالأجرة وبدل الصلح إذا كانا من المكيل أو الموزون أو المعدود، وما لا ينفسخ العقد بهلاكه جاز التصرف فيه قبل قبضه، كعوض الخلع والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد وأرش الجناية وقيمة المتلف[2].

والشيعة الزيدية يتفقون مع الحنفية والحنابلة فقد جاء فى البحر الزخار : «كل ما يبطل العقد بتلفه حرم بيعه قبل قبضه، فخرج المهر وجعل الخلع والصلح على دم العمد[3]».

ومذهب المالكية أن عقود المعاوضات التى يقصد بها المكايسة والمغابنة لا يجوز بيع ما ملكت به قبل قبضه. وتلك العقود هى البيع، والإجارة، والزواج بالنسبة للمهر، والصلح ونحو ذلك... وأن عقود المعاوضات التى لا يقصد منها المغابنة، وإنما تكون على جهة الرفق يجوز بيع ما ملكت به قبل قبضه، ويشمل هذا القسم القرض فقط، وأن عقود المعاوضات التى تتردد بين قصد المغابنة والرفق، وهى الشركة والتولية والإقالة، يجوز بيع ما ملكت به قبل قبضه إذا لم تدخل هذه العقود زيادة أو نقصان، وذلك للأثر الذى

---

(١) البدائع ٥ : ١٨١ وابن عابدين ٤ : ٢٢٥

(٢) المغنى ٤ : ١١٤

(٣) البحر الزخار : ٣ : ٣١١ و٣١٣ وفيه أن المؤيد لا يجوز بيع المهر وما بعده قبل قبضه وأنه لا فرق عنده بين ما ملك بعقد من هذه العقود، وما ملك بالبيع، فهو موافق لرأى المالكية.

رواه مالك من مرسل سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: من اشترى طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه إلا ما كان من شركة، أو تولية، أو إقالة؛ ولأن هذه العقود إذا لم تدخلها زيادة أو نقصان، فإنما يراد منها الرفق لا المغابنة، فانتفت العلة التى من أجلها منع بيع الطعام قبل استيفائه، وهى مشابهته للعينة[1].

وعند الشافعية لايجوز بيع ماملك بعقد من عقود المعاوضات قبل قبضه، وذلك كالمبيع، والأجرة، والعوض المصالح عليه عن المال، والصداق على الأصح، ومثله بدل الخلع، وبدل الصلح عن دم العمد[2]. فالشافعية يتفقون مع المالكية فى منع بيع الصداق وما بعده، وإن كان تعليل الشيرازى للمنع يستلزم أن يكون رأيهم كرأى الحنفية، وذلك حيث يقول: « ولا يجوز بيع ما لم يستقر ملكه عليه كبيع الأعيان المملوكة بالبيع والإجارة والصداق وما أشبهها من المعاوضات قبل القبض... لأنه ربما هلك فانفسخ العقد[3] ».

هذا بالنسبة لعقود المعاوضات، وأما ما ملك بعقد لا معاوضة فيه فيجوز عند جمهور الفقهاء بيعه قبل قبضه، وذلك كالوصية. وكذلك ما ملك بغير عقد كالإرث[4].

ويرى الظاهرية أن الطعام، والطعام عندهم هوالقمح خاصة، لايجوز بيعه

---

(١) بداية المجتهد ٢ : ١٤٦، والمنتقى ٤ : ٢٨٠ ـ ٢٨٢

(٢) المجموع شرح المهذب ٩: ٢٦٦ و ٢٦٧

(٣) المهذب ١ : ٢٦٢

(٤) البدائع ٥ : ١٨١، والمنتقى ٤ : ٢٨٢، و المهذب ١ : ٢٦٢ والمغنى ٤ : ١١٥ قال ابن قدامة : « ولا أعلم فيه مخالفا » وسنرى خلاف الظاهرية فيه بعد هذا مباشرة.

قبل قبضه سواء أملك بعقد معاوضة كالشراء ، أم بغير معاوضة كالهبة ، أم بغير عقد كالميراث ؛ وذلك لحديث ابن عباس : أما الذى نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يباع حتى يقبض فهو الطعام ، فهذا يدل على أن الطعام بأى وجه ملك لا يجوز بيعه قبل قبضه ، أما غير الطعام فلا يجوز بيعه قبل قبضه إذا ملك بالشراء خاصة ؛ وذلك لحديث حكيم بن حزام : « إذا ابتعت بيعا فلا تبعه حتى تقبضه » فإنه يدل على أن المنهى عنه هو البيع فقط قبل القبض فيما ملك بالشراء فقط[1] .

علة منع بيع الشيء المملوك قبل قبضه :

يعلل الحنفية منع بيع الشيء المملوك قبل قبضه بالغرر ، جاء فى تنوير الأبصار وشرحه : صح بيع عقار لا يخشى هلاكه قبل قبضه من بائعه لعدم الغرر لا بيع منقول ، قال فى الحاشية : أى غرر انفساخ العقد على تقدير الهلاك[2] ، ويقول الكاسانى : « ومنها ، أى من شروط الصحة ، القبض فى بيع المشترى المنقول فلا يصح بيعه قبل القبض ؛ ولأنه بيع فيه غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه ، لأنه إذا هلك المعقود عليه قبل القبض يبطل البيع الأول ، فينفسخ الثانى ؛ لأنه بناه على الأول ، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع فيه غرر[3] .

ويعلل المالكية منع بيع الطعام قبل قبضه بأنه قد يتخذ ذريعة للتوصل إلى الربا ، فهو عندهم من باب سد الذرائع وذلك كما يقول الباجى : إن صاحب العينة يريد أن يدفع دنانير فى أكثر منها ، فإذا علم بالمنع فى ذلك توصل إليه بأن

---

(١) المحلى لابن حزم ٨: ٥١٨ و٥١٩ و٥٢١

(٢) ابن عابدين ٤ : ٢٢٤

(٣) البدائع ٥: ١٨٠

يذكر حنطة بدينار ، ثم يبتاعه بنصف دينار دون استيفاء ولا قصد لبيعه ولا لابتياعه ، فلما كثر هذا وكانت الأقوات مما يتعامل بها فى كثير من البلاد ، ولا سيما فى بلاد العرب ، وكان ذلك مما يقصد لهذا المعنى كثيرا ، لمعرفة جميع الناس لثمنه وقيمته ، منع ذلك فيها ، وشرط فى صحة توالى البيع فيها القبض ؛ لأن ذلك نهاية التبايع فيها وإتمام العقد ولزومه ، ولم يشترط ذلك فى سائر المبيعات ؛ لأنه لم يتكرر تعامل أهل العينة بها ؛ لأن ثمنها يخفى فى الأغلب ويقل مشتريها [١] .

والشافعية يعللون المنع بالغرر كالحنفية ، يقول الشيرازى : « ولا يجوز بيع ما لم يستقر ملكه عليه . . . . لأنه ربما هلك فانفسخ العقد ، وذلك غرر من غير حاجة [٢] .

والحنابلة يتفقون مع الحنفية فى أن علة منع بيع الشىء قبل قبضه هى غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه ، يقول ابن قدامة : لكن ما يتوهم فيه غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه لم يجز بناء عقد آخر عليه ، تحرزا من الغرر ، وما لا يتوهم فيه ذلك الغرر انتفى المانع فجاز العقد عليه [٣] .

والعلة عند الشيعة الزيدية هى ضعف الملك قبل القبض [٤] .

ويعلل ابن تيمية المنع : بعدم القدرة على التسليم ؛ لأن البائع الأول قد يسلم البائع الثانى المبيع ، وقد لا يسلمه ، لاسيما إذا رآه قد ربح ، فيسعى فى رد البيع

---

(١) بداية المجتهد ٢ : ١٤٤ ، والمنتقى ٤ : ٢٨٠

(٢) المهذب ١ : ٢٦٢

(٣) المغنى ٤ : ١١٤

(٤) البحر الزخار ٣ : ٣١٢

إما بجحد ، أو باحتيال فى الفسخ [١] وكل هذه العلل ترجع إلى علتين فى الواقع :

إحداهما : الربا ، وهو ما يراه المالكية ، وقد ذهب إلى هذا من قبلهم ابن عباس حين قال : « ذاك دراهم بدراهم والطعام مرجأ » [٢] .

كما ذهب إليه أبو هريرة ، وزيد بن ثابت حين قالا لمروان : « أحللت بيع الربا [٣] » .

وثانيتهما : الغرر الناشىء عن عدم القدرة على التسليم ، وهو رأى سائر الأئمة ، غير أن عدم القدرة على التسليم سببها احتمال هلاك المحل عند الحنفية ، والشافعية ، والحنابلة ، وضعف الملك عند الزيدية ، واحتمال عدم تسليم البائع الأول عند ابن تيمية ، وكلتا العلتين متحققتان فى هذا البيع .

ونضيف إلى هذا : أن فى النهى عن بيع السلع قبل قبضها إيجاد فرص للعمل ؛ وذلك لأن فى بيع السلع قبل قبضها حرمانا لعدد كبير من العمال الذين يقومون بالكيل والحمل ، فإن التاجر يفضل أن يبيع السلعة وهى فى مكانها ما دام يجد ربحا ، ثم إنا لو أبحنا للتجار بيع السلع قبل قبضها ، فإن أسعارها ترتفع وهى فى مكانها فتعود الفائدة كلها إلى طبقة التجار ، ولا ينال العامل فائدة من هذه العمليات ، فى حين أنه يناله ضرر ارتفاع السعر ، وفى هذا مصلحة للتاجر ، وضرر للعامل ، أما منع بيع السلع قبل قبضها فإن فيه مصلحة للعمال ولا ضرر فيه على التجار .

---

(١) الاختيارات العلمية لابن تيمية مع الفتاوى ٧٥

(٢) انظر ص ٣٢٢

(٣) انظر ص ٣٢٥

٧ — بيع المغصوب

بيع المغصوب من الغاصب :

يصح بيع المغصوب من الغاصب ؛ لأنه لاغرر فى بيعه منه ، فإن المبيع مسلم إليه بالفعل ، فأشبه بيع العارية ممن هى فى يده [١] .

بيع المغصوب من غير الغاصب :

يرى الحنفية أن بيع المغصوب لغير الغاصب صحيح موقوف على تسليم الغاصب المبيع ، فإن سلمه نفذ ، وإن لم يسلمه حتى تلف المبيع بطل البيع ، هذا إذا كان الغاصب مقرا بالغصب . أما إن جحد الغاصب ولم تكن للمدعى بينة فإن البيع لا يصح ؛ لعدم القدرة على التسليم [٢] ، والواقع أن جحود الغاصب وعدم بينة مع المدعى تجعل المسألة مجرد دعوى غصب لادليل عليها ، فلا يصح إدخالها فى بيع المغصوب .

الفرق بين حكم بيع المغصوب وحكم بيع الآبق :

قلنا إن بيع الآبق يقع باطلا ، على مافى ظاهر الرواية [٣] ، أما بيع المغصوب فهو صحيح موقوف ، فلم فرق بينهما فى الحكم ، مع أن كلا منهما غير مقدور على تسليمه ؟ .

---

(١) البدائع ٥ : ١٤٨ والدسوق على الشرح الكبير ٣ : ٦٠ ويشترط المالكية لصحة البيع ألا يعلم أن الغاصب عازم على عدم الرد ، إذا كان غير مقدور عليه بحيث لا تأخذه الأحكام ، والمهذب ١ : ٢٦٣ والمغنى ٤ : ١١٥

(٢) الأصل لمحمد ٩٢ : ٩٣ والمبسوط ١٣ : ١١ وهذه حالة أخرى اعتبر فيها الحنفية عدم القدرة على التسليم شرط نفاذ لا شرط انعقاد ، ولا شرط صحة ، وانظر ص ٣٠١

(٣) انظر ص ٣٠٠

يجيب الكاسانى عن هذا السؤال: بأن المالك فى بيع المغصوب يكون قادراً على التسليم بقدرة السلطان والقاضى وجماعة المسلمين إلا أنه لم ينفذ فى الحال، لقيام يد الغاصب صورة، فإذا سلم الغاصب المبيع زال المانع فينفذ البيع.

أما الآبق فإنه معجوز التسليم على الإطلاق إذ لا تصل إليه يد أحد، لأنه لا يعرف مكانه، فكان العجز متقررا والقدرة محتملة موهومة فلم ينعقد البيع مع الاحتمال [1].

ويرى المالكية أن بيع المغصوب لغير الغاصب صحيح إذا كان الغاصب تأخذه الأحكام وكان مقرا بالغصب، لأن القدرة على التسليم متحققة فى هذه الحالة، إما برضا من الغاصب بالتسليم، وإما بإجباره عليه بواسطة القضاء، فلا غرر، وأما إن كان الغاصب لا تأخذه الأحكام فلا يصح البيع، لأن القدرة على التسليم غير متحققة، وكذلك لا يصح البيع إذا كان الغاصب منكرا للغصب ولو كانت للمدعى بينة، وكان الغاصب ممن تأخذه الأحكام، لأن هذا من قبيل بيع ما فيه خصومة وهو ممنوع لما فيه من الغرر [2].

وعند الشافعية يصح بيع المغصوب لغير غاصبه إذا كان البائع قادرا على استرداده وتسليمه، أما إن لم يكن قادرا على ذلك فإن باعه لمن لا يقدر على استرداده لا يصح البيع، لما فيه من الغرر، وإن باعه لمن يقدر على أخذه من الغاصب يصح البيع على الأصح، لأنه لا غرر فى هذا [3].

---

(١) البدائع ٥ : ١٤٧

(٢) الشرح الكبير مع الدسوق ٣ : ١٠

(٣) المجموع شرح المهذب ٩ : ٢٨٥ ونهاية المحتاج ٣ : ٣٨٧ .

والحنابلة كالشافعية يصح عندهم بيع المغصوب لمن ظن أنه قادر على استنقاذه ولا يصح لغيره [1] . ويلاحظ هنا أن الشافعية والحنابلة يكتفون بقدرة المشترى على التسلم ، وإن كان البائع عاجزا عن التسليم .

اربع حقائق مستنبطة:

هذا وأكتفى بهذا القدر من التطبيقات فى موضوع القدرة على التسليم ولكنى أود أن أنبه إلى الحقائق الآتية :

١ — ليس كل ما لا يقدر على تسليمه فيه غرر ؛ وذلك لأن القدرة على التسليم قد تكون متعذرة حسا ، وقد تكون متحققة حسا متعذرة شرعا ، وقد تكون محتملة ، فالحالة التى يكون فيها البيع ممنوعاً للغرر الناشىء عن عدم القدرة على التسليم هى ما كانت فيها القدرة على التسليم محتملة قد تحصل وقد لا تحصل ، وهذا هو الشأن فى جميع الأمثلة التى ذكرناها ، فبيع الآبق والسمك فى الماء والطير فى الهواء ، وبيع الدين ، وبيع ما ليس فى ملك البائع ، وما ليس مقبوضا له ، وبيع المغصوب ، كل هذه البيوع يحتمل أن يقدز البائع فيها على تسليم المبيع ويحتمل ألا يقدر ، فهى إذن من بيع الغرر مع التفاوت فى مقدار ما فيها من غرر .

أما الحالة التى تكون فيها القدرة على التسليم متعذرة حسا فلا يمكن أن يوصف العقد معها بأنه عقد غرر ؛ لأن عقد الغرر هو ما كان مستور العاقبة ، والعاقبة هنا معلومة وهى عدم القدرة على التسليم ، فالعقد فى هذه الحالة يكون باطلا ؛ لعدم إمكان القدرة على التسليم ، أو للاستحالة الطبيعية كما يعبر رجال القانون ، لا للغرر ، وذلك كما لو تعهد شخص باجتياز المحيط سباحة كما يمثل القانونيون ، أو استأجر إنسان شخصا أخرس للتكلم ، كما يمثل الفقهاء [2] .

---

(١) المغنى ٤ : ١١٥

(٢) انظر الدسوق على الشرح الكبير ٣ : ١٨ ونهاية المحتاج ٥ : ٢٦٩ والوسيط للسنهورى ١ : ٣٨٣

وكذلك الحالة التى تكون فيها القدرة على التسليم متحققة حسا متعذرة شرعا لا يصح أن تدخل فى الغرر ؛ لأن المانع من صحة العقد فيها هو عدم القدرة الشرعية [١] ، أو الاستحالة القانونية ، كما يقول علماء القانون ، ويمثل له الفقهاء ببيع جذع فى بناء وفص فى خاتم ؛ لأن التسليم هنا لا يمكن إلا باضاعة شىء من المال وهو منهى عنه .

٢ ـ القدرة على التسليم عند الحنفية قد تكون شرط انعقاد، وذلك كما فى بيع الآبق المطلق ، على ما فى ظاهر الرواية ، وبيع الدين لغير المدين ، وبيع ماليس فى ملك البائع [٢] . وقد تكون شرط صحة كما فى بيع السمك فى الماء والطير فى الهواء ، وبيع الدين بالنقد لغير من عليه الدين مع شرط التسليم على المدين [٣] ، وقد تكون شرط نفاذ كما فى بيع الآبق لمن يزعم القدرة على تسلمه وبيع المغصوب لغير الغاصب [٤] .

وقد رأيت أن أنبه إلى هذا الحكم الكلى ، لأنى وجدت الأقوال مختلفة فيه بالرغم من الاتفاق على أكثر الأحكام الفرعية التى أشرت إليها سابقا واستخلصت منها الحكم الكلى .

فقد صرح ابن نجيم : بأن القدرة على التسليم شرط انعقاد [٥] ، ونقل عبارته

---

(١) هذ التعبير مأخوذ من كتب الشافعية ، فإنها تنص على أنه يشترط لصحة البيع إمكان تسليم المبيع وتسلمه حساً وشرعا ، انظر نهاية المحتاج ٣ : ٣٨٧ و٣٨٨ ، ويعبر الحنفية عن إمكان التسليم شرعا بإمكان التسليم من غير ضرر ، انظر فتح القدير ٥ : ١٩٤

(٢) انظر ص ٢٠٠ و٢١٣ و٢٢٠

(٣) انظر ص ٢٠٦ و٢٠٨ و٢١٣

(٤) انظر ص ٢٠١

(٥) البحر الرائق ٥ : ٢٥٨ و٢٥٩

ابن عابدين من غير تعليق عليها [١]. كما صرح بذلك الكاسانى [٢]، وصرح السمرقندى بأنها شرط صحة يكون العقد بفواته فاسداً لا باطلا [٣]، وفى فتح القدير ما يدل على أن القول بالبطلان هو ما فى ظاهر الرواية، ومع هذا فقد رجح الكمال الرأى القائل بالفساد [٤]. وقد ترتب على هذا الاختلاف بين فقهاء الحنفية اختلاف فقهاء هذا العصر الذين تعرضوا لهذه المسألة. فالأستاذ أبو الفتح [٥] والأستاذ الخفيف [٦] جزما بأن القدرة على التسليم شرط صحة، والأستاذ الزرقا [٧] قرر أنها شرط انعقاد متبعا فى ذلك المجلة العدلية [٨].

٣ ـ الأصل أن تكون القدرة على التسليم متحققة عند العقد [٩]. ولكن قد يكفى إمكان تحقيقها بعد العقد أحيانا.

من ذلك ما جاء فى بعض الروايات عن أبى حنيفة ومحمد فى بيع الآبق، أنه إذا عاد من الإباق قبل الفسخ انقلب العقد صحيحا؛ لأن القدرة على التسليم قد تحققت، وما قاله المالكية من جواز بيع الآبق المعلوم الصفة والموضع إذا كان عند من يسهل خلاصه منه، وما قاله بعض الشيعة الزيدية من أن بيع الآبق ينعقد موقوفا على التسليم، وما قاله الشيعة الإمامية من أن بيع الآبق صحيح

---

(١) ابن عابدين ٤ : ٧

(٢) البدائع ٥ : ١٤٧

(٣) تحفة الفقهاء : ٢: ٦٦و٤٤و٨٣

(٤) فتح القدير ٥ : ٢٠١

(٥) المعاملات الشرعية ٢٣٩

(٦) أحكام المعاملات الشرعية الكبير ٤٣٠

(٧) الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد الجزء الأول فقرة ١٤١

(٨) مادة ٢٠٩

(٩) انظر ص ٣٠٠و٣٠٧و٣٠٩و٣١٠و٣١٩

مادام الحصول عليه ممكنا عرفا . ثم ما روى عن بعض الصحابة والتابعين من جواز بيع الآبق ، وما ذلك ـ والله أعلم ـ إلا لأنهم يرون أن تسليمه ممكن مستقبلا . ومن ذلك ما فى فتاوى قاضيخان ، وما قاله الإمامية من جواز بيع الطير فى الهواء إذا كان يعود إلى بيته عادة . ومنه بيع الدين بالنقد من غير المدين عند من يجوزه .

ومن ذلك أيضا ما قاله الحنفية من صحة بيع المغصوب لغير الغاصب موقوفا على تسليم الغاصب . وما قاله المالكية والشافعية والحنابلة من صحة البيع ما دام استرداد المغصوب ممكنا[1] . ومن ذلك هذه العبارة الصريحة للكمال بن الهمام: « من شروط المبيع أن يكون مقدور التسليم فى الحال أو فى ثانى الحال فيدخل السلم[2] » .

٤ ـ قدرة المشترى وحده على التسلم تكفى لصحة البيع ولو كان البائع عاجزا عن التسليم عند كثير من الفقهاء .

من ذلك جواز بيع الآبق لمن يعلم مكانه ، ويقدر على تسلمه ، ولو كان بائعه عاجزا عن تسليمه عند أكثر الفقهاء ، ومن ذلك أيضا جواز بيع المغصوب من غاصبه، ومنه جواز بيعه من غير غاصبه إذا كان قادرا على استرداده عند الشافعية والحنابلة[3] .

---

(١) انظر ص ٣٠٠ — ٣٠٤ و٣٠٨ و٣١٤ و٣١٥ و٣٤٤ ـ ٣٤٦

(٢) فتح القدير ٥ : ٧٤

(٣) انظر ص ٣٠٠ — ٣٠٤ و٣٤٤

القدرة على التسليم فى القانون :

لم يرد فى التقنين المدنى المصرى نص صريح فى اشتراط القدرة على تسليم المبيع ، ولكن المادة (١٣٢) منه نصت على ما يأتى : « إذا كان محل الالتزام مستحيلا فى ذاته كان العقد باطلا » .

وقد استخلص الدكتور السنهورى من هذا النص أن محل الالتزام يجب أن يكون موجودا إذا كان شيئا « أى محلا لالتزام بنقل حق عينى »، أوممكنا إذا كان عملا ، أوامتناعا عن عمل[1] . ويقول فى مصادر الحق : إن إمكان المحل فى الفقه الإسلامى هو القدرة على تسليمه [2] .

ولعل من الخير أن نبين أولا المراد بإمكان المحل فى القانون المصرى ، ثم ننظر بعد ذلك ، هل يتفق مع شرط القدرة على التسليم فى الفقه الإسلامى أم لا ؟ .

إمكان المحل فى القانون المصرى :

يشترط فى الالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل أن يكون محله ممكنا ، فإن كان العمل أو الامتناع عن العمل مستحيلا كان العقد باطلا ؛ لأنه لا التزام بمستحيل ، غير أن الاستحالة التى تبطل العقد هى الاستحالة المطلقة ، وهى التى عبر عنها القانون بكلمة فى ذاته ، أى الاستحالة الموضوعية التى ترجع إلى طبيعة الشىء فتجعله مستحيلا بالنسبة لجميع الناس ، لا بالنسبة لبعض دون بعض . مثال ذلك أن يتعهد شخص باجتياز المحيط ، سباحة أو أن يجد علاجا للموت .

---

(١) الوسيط ١ : ٣٧٥

(٢) مصادر الحق ٣ : ٥٨

وقد ترجع الاستحالة المطلقة إلى سبب فى القانون – استحالة قانونية لا إلى طبائع الأشياء ، كما إذا تعهد محام برفع استئناف عن حكم بعد انقضاء الميعاد القانونى. وهذه الاستحالة – طبيعية كانت أو قانونية – تجعل العقد باطلا إذا كانت قائمة وقت العقد ، أما إذا حدثت بعده فإنها تجعله قابلا للفسخ إذا كان ملزما للجانبين – لا باطلا ، فإذا تعهد المحامى فى المثال السابق برفع الاستئناف بعد فوات المدة القانونية كان العقد باطلا ، أما إذا كان التعهد قبل انتهاء المدة ، ولكن المحامى تباطأ إلى أن فاتت المدة فإن العقد ينفسخ ويكون المحامى مسئولا عن التعويض .

أما الاستحالة النسبية أى التى يكون فيها الالتزام مستحيلا بالنسبة إلى الملتزم وحده ، فإنها تجعل العقد قابلا للفسخ فقط ، إذا كان ملزما للجانبين ، لا باطلا ، سواء كانت موجودة عند العقد أو حدثت بعده ، مثال ذلك : أن يلتزم شخص أن يقوم بعمل فنى لا يستطيع تأديته هو ، ولكن يمكن لفنان غيره أن يقوم به ، فهنا يكون العقد صحيحا سواء أكانت الاستحالة سابقة للعقد أم لاحقة ، ولكن لما كان المدين عاجزا عن التنفيذ فللدائن الحق فى مطالبته بتعويض ، وله أيضا أن يطلب فسخ العقد إذا كان ملزما للجانبين[1] .

القدرة على التسليم فى الفقه الإسلامى أعم من إمكان المحل فى القانون:

يتبين لنا مما تقدم أن القدرة على تسليم المحل التى يشترطها الفقه الإسلامى لصحة العقد أعم من الإمكان الذى يشترطه القانون المصرى ، ذلك أن القدرة

---

(١) الوسيط ١ : ٣٨٣ – ٣٨٦ ومصادر الحق ٣ : ١١ – ١٢

على التسليم فى الفقه الإسلامى شرط فى المحل ، سواء أكان شيئا أم عملا[1] ، بينما هى فى القانون المصرى شرط فى المحل إذا كان عملا أو امتناعا عن عمل ، أما إذا كان المحل شيئا فإن الشرط فيه أن يكون موجودا ، وشرط الوجود غير شرط القدرة على التسليم ، فالقدرة على التسليم أمر زائد على الوجود ، فإن الشيء قد يكون موجودا ولا يكون مقدورا على تسليمه ، وهذا هو المعنى الذى يريده الفقهاء من القدرة على التسليم ؛ لأنهم يشترطون الأمرين معا ، والأمثلة التى ذكرناها من بيع الآبق ، والطير فى الهواء ، والسمك فى الماء إلخ ... تدل على ذلك ، فإن المحل فيها كلها موجود ومع ذلك لم يصح العقد ؛ لعدم القدرة على التسليم المؤدية إلى الغرر ، وقواعد القانون المصرى لا تمنع هذه العقود ، فالقانون المصرى يجوز بيع ما هو أشد غررا من الغرر الناشيء عن عدم القدرة على التسليم ، فبيع المعدوم الذى لا يدرى أيوجد أم لا يوجد صحيح كبيع النتاج الذى لم يولد[2] ، فما دام المحل محتمل الوجود ، فالبيع صحيح فى القانون ، وإنما الذى يمنع صحة البيع هو أن يكون المحل مستحيل الوجود ، ومن هنا يمكننا أن نستخلص أن القانون المصرى الجديد لا يشترط القدرة على التسليم بالمعنى الذى يريده الفقهاء وإنما يشترط ، كما تنص المادة (١٣٢) ، ألا يكون المحل مستحيلا ، واستحالة المحل هى عدم إمكان وجوده إذا كان شيئا ، وعدم إمكان القيام به أو الامتناع عنه إذا كان عملا أو امتناعا عن عمل .

---

(١) اشتراط القدرة على التسليم إذا كان المحل شيئا يظهر جليا من الأمثلة الكثيرة الواردة فى عقد البيع وقد أتينا بالكثير منها ، أما اشتراط القدرة على التسليم إذا كان المحل عملا فإنه يؤخذ من الأمثلة الواردة فى عقد الإجارة ، فقد نصوا على أنه لا يجوز استئجار الأخرس للتكلم والأعمى للكتابة ، لعدم القدرة على التسليم حسا ، وكذلك لا يجوز استئجار شخص لعصر خمر أو رقص أو قلع سن صحيحة أو استئجار حائض أو جنب أو كافر لخدمة المسجد لعدم القدرة على التسليم شرعا . الدسوقى على الشرح الكبير ٤ : ١٨ و ١٩ ونهاية المحتاج ٥ : ٢٦٩ و ٢٧١

(٢) الوسيط ١ : ٢٧٧

المبحث الثامن

التعاقد على المعدوم

تمهيد :

من أنواع الغرر الذى يؤثر فى صحة البيع ما يرجع إلى كون المبيع معدوماً أحيانا ، فالمبيع إذا لم يكن موجودا وقت العقد ، وكان وجوده مجهولا فى المستقبل قد يوجد وقد لا يوجد ، فالبيع باطل . وذلك كبيع ما تلده الناقة ، وبيع الثمر قبل أن يخلق ، فالناقة قد تلد ، وقد لا تلد ، والثمر قد يوجد ، وقد لا يوجد .

فهذا المبحث يتعلق ببيع الأشياء المعدومة وقت العقد ، ولكنها ممكنة الوجود فى المستقبل وهو ما يعبر عنه فى القانون « ببيع الأشياء المستقبلة » ؛ ولذا فمن المستحسن أن نتكلم أولا عن آراء الفقهاء فى بيع المعدوم بصفة عامة ثم نتكلم عن بيع بعض الأشياء المعدومة .

آراء الفقهاء فى بيع المعدوم :

من الفقهاء من يذكر فى شروط انعقاد البيع وجود المبيع وقت العقد ، ومنهم من لا يذكر ذلك فى الشروط ، ولكنه يصرح بأن بيع المعدوم باطل ، ومنهم من لا يصرح بذلك ، ولكنه يعلل منع بيع بعض الأشياء بأن المبيع معدوم .

وهذه بعض عبارات الفقهاء فى هذا الموضوع :

يقول الكاسانى فى الكلام عن شروط انعقاد البيع :« وأما الذى يرجع

إلى المعقود عليه فأنواع : منها أن يكون موجوداً فلا ينعقد بيع المعدوم، وما له خطر العدم[1] » . ويقول الشيخ محمد بن يوسف أطفيش : المعقود عليه هو السالم من غرر وربا وشرط مفسد ، المعلوم الوجود والصفة والقدر والأجل إن أجل، المقدور على تسليمه[2] . ويقول الشهيد الثانى فى الكلام عن بيع الآبق مع الضميمة : ويشترط فى بيعه ما يشترط فى غيره من كونه معلوما موجودا عند العقد[3] .

ويقول الشيرازى : ولا يجوز بيع المعدوم كالثمرة التى لم تخلق[4] . ويقول النووى : بيع المعدوم باطل بالإجماع[5] . وفى البحر الزخار : « بيع المعدوم باطل » ، وفيه أيضا :« بيع المعدوم والطير فى الهواء مجمع على فساده »[6] .

ويقول ابن قدامة : بيع نتاج النتاج فاسد ، لأنه بيع معدوم[7] .

وهكذا نكاد نجد شبه إجماع من الفقهاء الذين تعرضوا للكلام عن المعدوم ، على أن بيعه لا يجوز ، بل إن بعضهم قد حكى الإجماع على بطلانه ، كما رأينا ، ويستدلون لذلك بما يأتى :

١ — حديث النهى عن بيع الغرر. يقول الشيرازى : ولا يجوز بيع المعدوم

---

(١) البدائع ٥ : ١٣٨ ومثله فى ابن عابدين ٤ :٧ ويمثل الحنفية ، لماله خطر العدم بالحمل واللبن فى الضرع .

(٢) شرح النيل ٤ : ٣٦ ـ ١٣٧

(٣) الروضة البهية ٢٨١

(٤) المهذب ١ : ٢٦٢

(٥) المجموع شرح المهذب ٩ : ٢٠٨

(٦) البحر الزخار ٣ : ٢٨١

(٧) المغنى ٤ : ٢٠٩

كالثمرة التى لم تخلق ، لما روى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر ، والغرر ما انطوى عنه أمره وخفيت عليه عاقبته ، والمعدوم انطوى أمره وخفيت عليه عاقبته فلم يجز بيعه[1] . ويقول الشوكانى : ومن جملة بيع الغرر بيع المعدوم[2]

٢ - حديث النهى عن بيع المعاومة : يقول الشيرازى : والمعدوم من المعاومة وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن المعاومة وعن بيع السنين[3] » .

٣ - حديث النهى عن بيع ماليس عندك[4] . يقول المرتضى : « والمبيع يتعين فلا يصح معدوما ، لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عنده إلا فى السلم لترخيصه صلى الله عليه وسلم ، ولضبطه بالوصف ، وإلا فى ذمة مشتريه إذ هو كالمقبوض» .

وليس فى هذه الأدلة ما يفيد أن بيع المعدوم لا يجوز على الإطلاق .

فالدليل الأول يفيد أن بيع المعدوم الذى فيه غرر لا يجوز ، كما فى المثال الذى ذكره الشيرازى ، ولا يفيد أن كل معدوم لا يجوز بيعه ، لأن من المعدوم ما لا غرر فى بيعه ، لأنه لا تخفى علينا عاقبته ، وذلك كما فى بيع الأشياء المعدومة وقت العقد ، ولكنها محققة الوجود فى المستقبل بحسب العادة كما فى السلم والاستصناع وبيع الأشياء المتلاحقة الوجود عند بعض الفقهاء كما سنرى .

والدليل الثانى يفيد النهى عن بعض أفراد المعدوم هو بيع الثمر سنين ، والنهى عن بعض أفراد الشىء لا يدل على النهى عن سائرها ، لأن النهى عن

(١) المهذب ١ : ٢٦٢

(٢) نيل الأوطار ٥ : ٢٤٤

(٣) المهذب ١ : ٢٦٢ ، وبيع المعاومة هو بيع ثمر الشجرة أو الحديقة أكثر من عام .

(٤) البحر الزخار ٣ : ١٩١ ، والزيلعى ٤ : ١٢

ذلك الفرد قد يكون لمعنى انفرد به لا يتحقق فى غيره من الأفراد ، كما فى النهى عن بيع السنين ، فإن سبب النهى عنه الغرر الناشىء عن الجهل بوجوده فى المستقبل ، لا كونه معدوما .

وأما الدليل الثالث ، فقد بينت فيما سبق ، أن هذا الحديث لم يرد فى بيع المعدوم وإنما ورد فى بيع الأشياء الموجودة التى لا يملكها البائع[1] .

ربما يقال : وإذا لم يجز بيع الموجود غير المملوك ، فمن باب أولى لا يجوز بيع المعدوم ، لأنه غير مملوك حتما . أقول : هذا منطق سليم ، ولكن يجب أن يقيد عدم جواز بيع المعدوم بما قيدته به فى بيع ما ليس عندك ، وهو كون البيع وقع على أن يسلم المبيع فى الحال ، فإنه مع هذا القيد لا يختلف اثنان فى أن بيع المعدوم لا يجوز .

رأى ابن تيمية وابن القيم فى بيع المعدوم :

خالف ابن تيمية جمهور الفقهاء فيما ذهبوا إليه من عدم جواز بيع المعدوم معتمداً فى هذه المخالفة على دليلين :

الدليل الأول : أنه لم يرد فى كتاب الله ولا فى سنة رسوله بل ولا عن أحد من الصحابة أن بيع المعدوم لا يجوز ، لا بلفظ عام ، ولا بمعنى عام ، وإنما ورد النهى عن بيع بعض الأشياء التى هى معدومة ، كما ورد النهى عن بيع بعض الأشياء التى هى موجودة ، إذاً فليست العلة فى النهى عن بيع بعض الأشياء المعدومة هى العدم ، كما أنه ليست العلة فى النهى عن بيع بعض الأشياء الموجودة هى الوجود ، فوجب أن تكون هناك علة أخرى للنهى عن بيع تلك الأشياء المعدومة وهذه

---

(١) انظر ص ٣١٨ — ٣٢٠ .

العلة هى الغرر ، «فالمعدوم الذى هو غرر نهى عن بيعه بالكونه غررا ، لا لكونه معدوما ، كما إذا باع ما يحمل هذا الحيوان أو ما يحمل هذا البستان، فقد يحمل وقد لا يحمل ، وإذا حمل فالمحمول لا يعرف قدره ولا وصفه ».

الدليل الثانى : أن الشارع صحح بيع المعدوم فى بعض المواضع ، كما فى بيع الثمر بعد بدو صلاحه مستحق الإبقاء إلى كمال الصلاح ، فإنه يدخل فيه ما هو معدوم لم يخلق[1] وقد وافق ابن القيم ابن تيمية فى رأيه .

ولا شك أن القول ببطلان بيع المعدوم مطلقا قول لا تؤيده الأدلة ، بل هو قول يعارضه كثير من الأحكام المتفق عليها[2] وقد أدرك هذا القائلون ببطلان بيع المعدوم ، وخاصة الحنفية فقرروا أن البطلان هو القياس، وأن هناك عقودا تجوز استحسانا ، مع أن المحل فيها معدوم ، من أوضحها الإجارة ، والسلم ، والاستصناع ، فهذه العقود وأشباهها مما ورد نص بجوازها جاءت على خلاف القياس عندهم. وقد كان يقبل منهم هذا القول لو أن هناك نصا صريحا من الشارع يمنع بيع المعدوم ، أما إذا لم يوجد ذلك النص ـ وهو الحاصل ـ فمن غير المقبول أن نضع حكما كليا من غير نص من الشارع ونعتبر كل الأحكام الجزئية التى لا تتفق معه مخالفة للقياس ولو جاء بها نص.

إن القياس يجب أن يبنى على النصوص الشرعية ، فإذا كانت هذه النصوص جوزت التعاقد على بعض الأشياء المعدومة، ومنعت التعاقد على بعضها، فلابد من أن تكون هناك علة للمنع غير كون الشىء معدوما، وهذه العلة واضحة

---

(١) القياس فى الشرع الإسلامى : لابن تيمية ٢٦ ـ ٢٧

(٢) انظر المدخل للفقه الإسلامى للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ٥٧٩

لمن تتبع ما منعته النصوص وما أجازته من بيع المعدوم وهى ، كما قرر ابن تيمية، الغرر ، وهى علة مضطردة لا تحوجنا إلى استثناءات أو مخالفة للقياس . والغرر فى بيع المعدوم لا يتحقق إلا فى حالة ما إذا كان المبيع مجهول الوجود ؛ لأنه إن كان المبيع محقق العدم فلا غرر فى هذا،والبيع باطل بداهة لاستحالة التنفيذ، وإن كان المبيع محقق الوجود ، فلا غرر أيضا ،والبيع صحيح، وإذا تتبعنا مامنعه الشارع من بيع المعدوم وما أجازه منه ، نجد أن كل ما منعه ، المبيع فيه مجهول الوجود ، وأن كل ما أجازه ، المبيع فيه محقق الوجود عادة وإن كان معدوما وقت العقد ، وسنرى مصداق هذا فيما نذكره من الأحكام التفصيلية .

فالقاعدة التى ينبغى السير عليها فى بيع المعدوم هى « أن كل معدوم مجهول الوجود فى المستقبل لا يجوز بيعه ، وأن كل معدوم محقق الوجود فى المستقبل بحسب العادة يجوز بيعه» . وسنورد فيما يلى بعض تطبيقات لبيع المعدوم :

بيع الثمار

بيع الثمار قد يكون قبل أن تخلق ، أى قبل أن تظهر على الشجر ، وقد يكون بعد أن تخلق وهى على الشجر ، وقد يكون بعد الصرام ، أى بعد قطعها من الشجر ، فتباع وهى على الأرض .

وسنتكلم عن الحالتين الأوليين ، أما الحالة الثالثة فلا تدخل فيما نبحثه . ونبدأ الحديث بذكر النصوص ثم نتبعها ببيان آراء الفقهاء :

النصوص :

وردت أحاديث كثيرة فى هذا الموضوع ذكرنا بعضها فى مناسبات سابقة[1]

(١) انظر ص ١١٩ و١٩٦ و٢٠٧ و٢٠٨ و٢١٨ و٢٤٨

ونذكر هنا سائرها مع حذف المكرر :

١ — عن جابر قال : نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع السنين ، وفى رواية ابن أبى شيبة عن بيع الثمر سنين (١) .

٢ — عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، نهى البائع والمبتاع (٢) .

٣ — عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحه ، ولا تبتاعوا الثمر بالتمر (٣) .

٤ — عن أنس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار ، حتى تزهى ، فقيل له : وما تزهى ؟ قال : تحمر ، فقال : أرأيت إذا منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ (٤) .

٥ — عن أنس رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع

---

(١) رواه مسلم . صحيح مسلم ١٠ : ٢٠٠ وانظر ص ٢٠٨ الحديث السابع .

(٢) رواه الجماعة إلا الترمذى . منتقى الأخبار ٥ : ٢٧٥ وصحيح البخارى ٣ : ٧٧ ، وسنن أبى داود ٣ : ٣٤٤

(٣) رواه أحمد ومسلم ، والنسائى ، وابن ماجه ، واللفظ للنسائى . منتقى الأخبار ٥ : ٢٧٥ وسنن النسائى ٧ : ٢٦٣

(٤) أخرجه البخارى ، ومسلم ، واللفظ للبخارى . والقائل : إذا منع الله الثمرة .. هو الرسول صلى الله عليه وسلم كما صرح بذلك مالك وجزم الدارقطنى وغيره من الحفاظ بأن « إذا منع الله الثمرة .. » مدرج من قول أنس ورفعه خطأ . منتقى الأخبار ٥ : ٢٧٥ ، وصحيح البخارى ٣ : ٧٧ وصحيح مسلم ١ : ٢١٧ و ٢٧٦ و ٢٨٠ وعمدة القارى ١٢ : ٧

والراجح عندى الرفع ، لأن فى رواية من رفعه زيادة ، وليس فى رواية من وقفه ما ينفى قول من رفعه .

ثمر التمر حتى تزهو ، فقلنا لأنس : ما زهوها ؟ قال : تحمر وتصفر . أرأيت إن منع الله الثمرة بم تستحل مال أخيك[1] ؟ .

٦ — عن أنس بن مالك رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها ،وعن النخل حتى يزهو،قيل :وما يزهو؟ قال : يحمار أو يصفار[2] .

٧ — عن أنس رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن تباع ثمرة النخل حتى تزهو ، قال أبو عبد : الله يعنى حتى تحمر[3]

٨ — سعيد بن ميناء قال : سمعت جابر بن عبد الله رضى الله عنهما قال : نهى النبى صلى الله عليه وسلم أن تباع الثمرة حتى تشقح ، فقيل : ما تشقح ؟ قال : تحمار وتصفار ويؤكل منها[4] .

٩ — عن زيد بن ثابت رضى الله عنه قال : كان الناس فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبايعون الثمار ، فإذا جذ الناس وحضر تقاضيهم ، قال

---

(١) رواه البخارى ومسلم . صحيح البخارى ٣ : ٧٨ وصحيح مسلم ١٠ : ٢١٧

(٢) رواه البخارى . صحيح البخارى ٣ : ٧٧ و « عن النخل » : أى عن بيع ثمر النخل والمراد بالثمرة قبله غير ثمرة النخل .

(٣) رواه البخارى:صحيح البخارى ٣ : ٧٧ وذكر النخل ليس بقيد وإنما ذكره لكونه الغالب عندهم . وأبو عبد الله هو البخارى — عمدة القارى ١٢ : ٥

(٤) رواه البخارى:صحيح البخارى ٣ : ٧٧ وتشقح بضم أوله وسكون ثانيه ، والتفسير قيل من سعيد بن ميناء ، وقيل من جابر، وفى رواية مسلم التى أوردناها فى بيع المزابنة التصريح بأن التفسير من سعيد ، انظر ص ٢٠٨

ويلاحظ أن هذه الأحاديث وردت فيها ألفاظ مختلفة، ولكنها متفقة فى المعنى ،قال العلماء : يحتمل أن يكون النبى صلى الله عليه وسلم قالها فى أوقات مختلفة ، ونقل كل واحد من الرواة ما سمع ويحتمل أن يكون النبى صلى الله عليه وسلم قال لفظا فى وقت ونقله الرواة بالمعنى ، تكملة المجموع ١١ : ١١ ؛

المبتاع : إنه أصاب الثمر الدمان ، أصابه مراض ، أصابه قشام ، عاهات يحتجون بها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لما كثرت عنده الخصومة فى ذلك: فإما لا ، فلا تتبايعوا حتى يبدو صلاح الثمر ، كالمشورة يشير بها لكثرة خصومتهم. قال : وأخبرنى خارجة بن زيد بن ثابت أن زيد بن ثابت لم يكن يبيع ثمار أرضه حتى تطلع الثريا فيتبين الأصفر من الأحمر[1].

ما يستفاد من الأحاديث :

تدل هذه الأحاديث على الأحكام الآتية :

١ — أن بيع المعاومة وبيع السنين منهى عنهما ، وهما بمعنى واحد هو أن يبيع ثمر الشجرة أو الحديقة أكثر من عام[2] ومفهوم هذا أن بيع الثمر سنة واحدة غير منهى عنه ، ولكن هذا المفهوم تمنعه الأحاديث الدالة بمنطوقها على النهى ، وهى أحاديث النهى عن بيع الثمر قبل بدو صلاحه ، فإنها تبين حكم بيع ثمر العام. وحديث المعاومة يبين حكم بيع ثمر الأعوام المقبلة[3] وعلة المنع الغرر فإن الثمر مجهول الوجود ، ومجهول المقدار إن وجد .

---

(١) رواه البخارى صحيح البخارى ٣ : ٧٦ .

وجذ بالجيم والذال المعجمة المشددة . قطعوا ثمر النخل ، وفى بعض الروايات أجذ : أى دخلوا فى زمن الجذاذ « والدمان » بضم الدال وفتحها وكسرها وتخفيف الميم فساد الطلع ، ومراض بالضم عند الأكثر ، وروى بالكسر اسم لجميع الأمراض ، وقشام بضم القاف وتخفيف الشين ، وهو : أن ينتفض ثمر النخل قبل أن يصير بلحا — « وفإما لا » ، بكسر الألف ومعناه فإن لا تتركوا هذا .. « وقال » القائل : هو أبو الزناد أحد رواة الحديث ، وخارجة هو أحد فقهاء المدينة السبعة . والثريا هى النجم المعروف والمراد طلوعها مع الفجر ، وذلك علامة ابتداء نضج الثمار فى بلاد الحجاز : عمدة القارى ١٢ : ٣ — ٤

(٢) النووى على مسلم ١٠ : ١٩٣ ، والسندى على سنن أبى داود ٧ : ٢٦٦

(٣) على أن بعض العلماء فسر بيع المعاومة ببيع الشىء عاما أو أكثر ، انظر شرح النيل ٤ : ٦٢ وقصرها صاحب القاموس المحيط على بيع زرع العام وذكر لها معنى آخر هو أن تزيد على الدين شيئا وتؤخره .

٢ — أن بيع الثمر قبل بدو صلاحه[1] منهى عنه، سواء ظهر الثمر على الشجرة أو لم يظهر، وسواء بيع ما ظهر منه على شرط أن يقطع فى الحال أو على شرط أن يترك على شجره إلى أن يدرك أو من غير شرط هذا ولا ذاك، غير أن علة النهى تقيد هذا الإطلاق، فتجعل النهى خاصا بما يبع على شرط الترك، وذلك لأن العلة وهى خوف هلاك الثمرة بسبب العاهة لا تتحقق إلا فيما بيع على الترك، فإن ما بيع على القطع لا يتصور فيه الهلاك[2] وأما ما بيع على الإطلاق فإنه يرجع إلى أحد الأمرين : القطع أو الترك، والحكم فى هذا هو العرف، فإن كان عرف البلد يحمل الإطلاق على الترك شمله النهى، وإن كان العرف يحمله على القطع لم يشمله النهى .

٣ — أن النهى عن بيع الثمر قبل بدو صلاحه موجه إلى العاقدين معا البائع لئلا يأكل مال المشترى بغير حق[3]، والمشترى لئلا يضيع ماله، ويعين البائع على أكل المال بالباطل .

٤ — أن النهى يشمل جميع أنواع الثمار، ثمر النخل وثمر غيره من الأشجار، وذلك لأن الأحاديث منها ما ورد فيه الثمر مطلقا، ومنها ما ورد فيه مقيدا بثمر النخل، ولا يصح حمل المطلق على المقيد هنا ؛ لأنه لا خصوصية للنخل، وإنما ذكر فى بعض الأحاديث ؛ لأنه كان الغالب عندهم، يؤيد هذا حديث

---

(١) بدو صلاح الثمرة أن تصل إلى الحالة التى يمكن أن يشرع فى الأكل منها .

(٢) فالمبيع مع شرط الترك مجهول الوجود فيمتنع بيعه، للغرر، والمبيع مع شرط القطع موجود فعلا وقت العقد فلا غرر .

(٣) وقد يكون المشترى هو الآكل لمال البائع بغير حق، وذلك فيما إذا زاد المحصول على المعتاد زيادة واضحة، وقد كان الرسول صلى الله عليه وسلم بليغا فى الاكتفاء بإظهار أبشع صور أكل المال بغير حق الناتجة عن هذا التعاقد، وهى حالة انعدام المبيع بالكلية .

أنس فقد جاء فيه « نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها وعن النخل حتى يزهو».
وهذا صريح فى أن الثمرة الأولى غير ثمرة النخل .

٥ — أن علة النهى هى خوف هلاك الثمر بسبب العاهة ، وما يترتب على الهلاك من خصومات وأكل للمال بالباطل . والمراد العاهة التى يتكرر وجودها ويكثر بسببها الغرر فى وجود الثمر ، لا العاهة النادرة ، فإن هذه لا سبيل إلى الأمن منها ، والغرر الذى يحصل بسببها يسير جدا .

٦ — أن النهى للتحريم ؛ وذلك لأن الأصل فى النهى أن يكون للتحريم ولم يرد ما يصرفه إلى غيره ، بل جاء فى بعض الروايات ما يؤكد التحريم وهى قوله صلى الله عليه وسلم : «أرأيت إن منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه» ، أو « بم تستحل مال أخيك » فإن هذه العبارة تدل على أنه من أكل المال بغير حق وهو حرام . وعبارة « كالمشورة يشير بها ، لكثرة خصومتهم » الواردة فى حديث زيد بن ثابت ، لا تصلح صارفا للنهى عن ظاهره ؛ لأنه لا مانع مطلقا من أن يكون ما أشار به النبى صلى الله عليه وسلم عليهم ملزما لهم ، لاسيما وأن هذه المشورة جاءت بعد أن كثرت الخصومات فى ذلك البيع ، وكل عقد يؤدى إلى خصومة لا يجوز الإقدام عليه ، على أن هذه العبارة من عند الصحابى ، وأما قول الرسول صلى الله عليه وسلم فهو « فإما لا فلا تتبايعوا حتى يبدو صلاح الثمر » ، وعلى هذا يكون بيع الثمر قبل بدو صلاحه غير صحيح إذا بيع بشرط التبقية إلى أن ينضج أو بيع على الإطلاق ، وكان عرف المتعاقدين يحمل الإطلاق على التبقية .

٧ — أن بيع الثمر بعد بدو صلاحه جائز ، سواء كان بشرط القطع أو بشرط الترك أو على الإطلاق ؛ وذلك لأن النبى صلى الله عليه وسلم جعل النهى ممتدا إلى غاية ، وهى بدو الصلاح ، وما بعد الغاية يجب أن يكون مخالفا لما قبلها ، ولأن

العلة التى من أجلها منع بيع الثمر قبل بدو صلاحه ، وهى خوف العاهة منتفية فى بيعه بعد بدو الصلاح ، فإن السلامة من العاهة هى الغالبة بعد بدو الصلاح ، فالمبيع هنا محقق الوجود عادة فينتفى الغرر أو يقل جدا[1] .

أقوال الفقهاء فى بيع الثمار

بيع الثمر قبل أن يظهر على الشجر :

لايجوز بيع الثمر قبل أن يظهر على الشجر[2] ،وذلك كأن يبيع شخص لآخر ثمر شجرة معينة قبل ظهوره ، أو يبيع ثمر حديقته قبل أن يظهر، ولا فرق بين أن يكون البيع عاما واحدا أو أكثر من عام ،ويطلق على المبيع لأكثر من عام بيع المعاومة وبيع السنين ، وعلة المنع الغرر ؛ لأن الثمر المبيع مجهول الوجود قد يظهر وقد لا يظهر ، ومجهول المقدار إن وجد . وممن صرح بأن العلة هى الغرر الإمام مالك ، فقدجاء فى الموطأ : « وبيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها من بيع الغرر »[3] وصرح بذلك أيضا محمد بن الحسن فقد جاء فى الأصل : «وشراء الثمر قبل أن يخرج وأشباهه فاسد ، لأنه يبتاع ما لم يكن بعد أو لم يدر ما هو ، وقد بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الغرر ، وهذا عندنا من الغرر[4] » .

ويأتى بعد هذين الإمامين ، الشيرازى والكاسانى فيجعلان العلة فى منع بيع

---

(١) جميع الأحكام التى ذكرتها تنطبق على الزرع لحديث أنس وحديث ابن عمر . انظر ١١٩ و١٢٦ ويطلق على بيع الثمار والحبوب وهى خضر قبل أن يبدو صلاحها بيع المخاضرة عمدة القارى ١٢ : ١٤ ونيل الأوطار ٥ : ٢٤٨ .

(٢) فتح القدير ٥ : ١٠٢ ، وبداية المجتهد ٢ : ١٤٩ . والمهذب ١ :٢٦٢ والبحر الزخار ٣ : ٣١٥ ، ونيل الأوطار ٥ : ١٧٦ ، والمختصر النافع ١٥٣ ، وشرح النيل وشفاء العليل ٤ : ٦٢ .

(٣) الموطأ بهامش المنتقى ٤ : ٢٢٣

(٤) الأصل ٩٤ ويلاحظ أن محمداً عبر بفاسد ، مع أن هذا البيع باطل عند الحنفية .

الثمر قبل ظهوره . كون المبيع معدوما[١] ، ويجعل ابن رشد هذا البيع من باب بيع ما لم يخلق ، وبيع السنين والمعاومة[٢]، ويجعله المرتضى من باب بيع « ما ليس عندك »[٣]، ويوافق الشهيد الثانى الإمام مالكا ومحمدا فى التعليل بالغرر[٤]، ويوافق الشيخ محمد بن يوسف أطفيش ابن رشد فى جعله من بيع المعاومة[٥]،وتعليل الشيرازى والكاسانى وابن رشد يرجع إلى الغرر ، أما تعليل المرتضى فلا أوافق عليه ، لأن بيع ما ليس عندك لايدخل فيه المعدوم كما بينت سابقا[٦]

ولا يجوز عند الشيعة الإمامية بيع الثمرة قبل ظهورها عاما واحدا ، كأن يبيع ثمرة هذه النخلة هذا العام ، وهذا موضع وفاق عندهم ، وأما بيعها أزيد من عام فالأصح عندهم عدم الجواز ، وعلل صاحب الروضة البهية عدم الجواز بالغرر ، ثم قال : « ولم يخالف فيه إلا الصدوق لصحيحة يعقوب بن شعيب عن أبى عبد الله رضى الله عنه الدالة على الجواز ، ولا يخلو من قوة ، إن لم يثبت الإجماع على خلافه »[٧] .

ولم أر خلافا فى منع بيع الثمر قبل ظهوره إلا هذا الذى ذكرته عن الإمامية ، وما روى عن عمر بن الخطاب وابن الزبير أنهما كانا يجيزان بيع الثمار سنين[٨] .

---

(١) المهذب ١: ٢٦٢ و البدائع ٥ : ١٣٨

(٢) بداية المجتهد ٢ : ١٤٩

(٣) البحر الزخار ٣ : ٣١٥ على أن المرتضى يعلل منع بيع المعاومة بكونه بيع معدوم-

(٤) الروضة البهية ٣٠٣ .

(٥) شرح النيل ٤ : ٦٢ .

(٦) انظر ص ٣١٩

(٧) الروضة البهية ٣٠٣ ، والمختصر النافع ١٥٣ .

(٨) بداية المجتهد ٢ : ١٤٩ ، وشرح النيل ٤ : ٦٢ .

هذا الرأى يتعارض مع حديث النهى عن بيع السنين ، وحديث النهى عن بيع الغرر ، =

بيع الثمر بعد ظهوره على الشجر :

بيع الثمر بعد ظهوره قد يكون قبل بدو صلاحه ، وقد يكون بعده ، وفى كل من الحالين قد يباع بشرط القطع أى على أن يقطعه المشترى فى الحال، وقد يباع بشرط الترك أو التبقية ، أى على أن يترك فى شجره حتى ينضج ، وقد يباع مطلقا من غير شرط القطع أو الترك .

وسنتكلم عن كل حالة من هذه الحالات :

بيع الثمر قبل بدو الصلاح(١) بشرط القطع :

إذا بيع الثمر بعد ظهوره على الشجر ، ولكن قبل أن يبدو صلاحه ،

= فإن من أظهر الأمثلة على بيع الغرر هذا النوع من البيع ، ولم يرد فى هذين المرجعين أكثر من نسبة الجواز إلى عمر ، وابن الزبير .

وقد قرأت فى القواعد النورانية الفقهية خبرا يبدو لى أنه سبب هذه النسبة ، وهذا الخبر هو ما رواه حرب الكرمانى فى مسائله عن سعيد بن منصور قال : حدثنا عباد بن عباد ، عن هشام بن عروة عن أبيه : أن أسيد بن حضير توفى وعليه ستة آلاف درهم فدعا عمر غرماءه فقبلهم أرضه سنين ، وفيها النخل والشجر ، فإن صح أن هذا هو ما اعتمد عليه من نسب الجواز إلى عمر فإن هذه النسبة لا تكون مقبولة ، لأن الخبر لا يدل على أن عمر يجوز بيع السنين وكل ما يدل عليه ، هو أن عمر أعطى غرماء أسيد أرضه ينتفعون بها ، وبثمار شجرها ، إلى أن يستوفوا ديونهم ، وليس هذا من بيع الثمر سنين المنهى عنه .

(١) بدو الصلاح عند الحنفية أن يأمن الثمر عاهة الفساد ، فتح القدير ٥ : ١٠٢ . وعند المالكية بدو الصلاح فى الثمر أن يحمر أو يصفر ، وفى العنب أن يسود وتبدو الحلاوة فيه ، وفى سائر الفواكه والبقول أن تطيب للأكل ، وفى الزرع أن ييبس ويشتد : القوانين الفقهية ٢٥٣ . وعند الشافعية بدو صلاح الثمر أن يحمر أو يصفر وفى العنب الأسود أن يتموه ، وفى الأبيض أن يرق ويحلو ، وفى الزرع أن يشتد، وفى غيرها أن يطيب أكلها — المهذب ١ : ٢٧٩ وعند الحنابلة بدو الصلاح فى النخل أن تظهر فيه الحمرة أو الصفرة، وكذلك كل ثمرة يتغير لونها عند صلاحها ، فبدو صلاحها يكون بظهور ذلك اللون ، وأما ما لا يتغير فبدو صلاحه بأن يبدو فيه النضج — المغنى ٤ : ٨٢ و ٨٩ — ٩٠ . وكل هذه التفاسير ترجع إلى معنى واحد ، هو بدو نضج الثمار وصلاحها للأكل .

وشرط البائع على المشترى أن يقطعه فى الحال ، فالبيع صحيح إذا كان الثمر بحالة ينتفع بها ، وهذا حكم واضح ، لأنه ما دام المشترى سيقطع الثمر عقيب العقد ، فلا غرر فى هذا البيع مطلقا ، ولهذا فقد حكى بعض العلماء الإجماع على الجواز[١] ، ولكنا مع هذا نجد ابن حزم يخالف فى هذا الحكم ، فيمنع هذا البيع عملا بظاهر الحديث[٢] ، كما نجد روايات عن بعض العلماء توافق رأى ابن حزم . ففى البدائع ، ومن مشايخنا من قال : لا يجوز بيعه قبل بدو صلاحه ، وهو خلاف ظاهر الرواية[٣] . وفى المحلى ، وعمدة القارى: وقال ابن أبى ليلى، وسفيان الثورى : لا يجوز بيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحها مطلقا[٤] ،وإن كان ابن رشد قال : إن هذه رواية ضعيفة[٥] . وفى الروض النضير أن عدم الجواز هو ظاهر كلام الهادى ، والقاسم ، والناصر ، والمؤيد بالله قديما[٦] .

ولعل هؤلاء المانعين تمسكوا كابن حزم بعموم الأحاديث التى تنهى عن بيع الثمر قبل بدو صلاحه ولم يلتفتوا لعلة المنع.

ما الحكم لو اشترى الثمرة بشرط القطع ثم أبقاها ؟ :

لو اشترى الثمرة بشرط القطع ، ثم لم يقطع، انفسخ البيع عند المالكية[٧] ،

---

(١) المبسوط ١٢ : ١٩٥ ، وفتح القدير ٥ : ١٠١ ، والمنتقى ٤ : ٢١٨، والأم ٣ :٤١ وتكملة المجموع ١١ : ٤١٢ ـ ٤١٤ ، والمغنى ٤ : ٨١ ، والبحر الزخار ٣ : ٣٢٥ ، والمختصر النافع ١٥٣ ، وشرح النيل ٤ : ٦٣ .

(٢) المحلى ٨ : ٤٢٤

(٣) البدائع ٥ : ١٧٣

(٤) المحلى ٨ : ٤٢٥ وعمدة القارى على صحيح البخارى ١٢ : ٢

(٥) بداية المجتهد ٢ : ١٤٩

(٦) الروض النضير ٣ : ٢٧٨ وقد أيد الشوكانى هذا الرأى ، نيل الأوطار ٥ : ٢٧٦

(٧) القوانين الفقهية ٢٥٣

وعند الحنابلة على أصح الروايات[١] . وقال الحنفية ، والشافعية ، والشيعة الإمامية لا يبطل البيع بعدم القطع ، ويلزم المشترى بالقطع ، ولكن لو سمح له البائع بترك الثمرة جاز[٢] . وعند الحنابلة رواية بعدم بطلان البيع إذا لم يقصد بشرط القطع الحيلة على إبقاء الثمر ، قال ابن قدامة وهو قول أكثر الفقهاء ؛ لأن أكثر ما فيه أن المبيع اختلط بغيره[٣] .

لمن تكون الزيادة فى حالة إبقاء الثمرة ؟ :

واضح أن الزيادة عند من يقول ببطلان البيع تكون للبائع،لأن المشترى يرد الثمرة ، ويأخذ الثمن ، فكأن البيع لم يكن،وواضح أيضا أن الزيادة عند من يقول بعدم البطلان تكون للمشترى إذا بقيت الثمرة بإذن من البائع عند من يرى صحة هذا الإذن ، أما إذا بقيت بغير إذن،فالظاهر أن الزيادة تكون مشتركة بين البائع والمشترى،لحصولها فى ملكهما ، ملك المشترى للثمرة وملك البائع للأصل ، وهناك أقوال أخرى فى مستحق الزيادة فى كل حالة من هذه الحالات ذكرها ابن قدامة فى المغنى[٤] .

بيع الثمار قبل بدو الصلاح بشرط الترك :

إذا بيع الثمر بعد ظهوره ، ولكن قبل أن يبدو صلاحه،وشرط المشترى على البائع أن يبقى الثمر على الشجر حتى ينضج فإن البيع فاسد عند جمهور الفقهاء[٥]

---

(١) المغنى ٤ : ٨٤

(٢) البدائع ٥ : ١٧٣ وتكملة المجموع شرح المهذب ١١ : ٤١٣ ، والروضة البهية ٣٠٤

(٣) المغنى ٤ : ٨٥ ، وانظر البحر الزخار ٣ : ٣١٥

(٤) المغنى ٤ : ٨٥ — ٨٦

(٥) الأصل لمحمد : ٩٥ والقوانين الفقهية ٢٥٢ ، والأم ٣ : ٤١ ، والمغنى ٤ : ٨١ ، والبحر الزخار ٣ : ٣١٥ ومجموع الفقه الكبير مع الروض النضير ٣ : ٢٧٨ وشرح النيل ٤ : ٦٣ . وانظر المدخل للفقه الإسلامى ٥٨٠

عملا بالحديث الذى ينهى عن بيع الثمر قبل بدو صلاحه . وقد حكى بعض العلماء[١] الإجماع على المنع ، وهو منقوض بما سنرويه من جوازه عند بعض الفقهاء .

وعلة فساده ثلاثة أمور :

١ — الغرر ؛ لأنه لا يدرى هل يبقى الثمر إلى أن يدرك أم تصيبه آفة فيهلك[٢] .

٢ — إن فيه شرطا فاسدا هو اشتراط شغل ملك الغير ؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد ، وفيه مصلحة للمشترى ، ولم يجر به العرف ، فيفسد به العقد ، كما لو اشترى حنطة على أن يتركها فى دار البائع شهرا .

٣ — إنه يتضمن صفقة فى صفقة ؛ لأن الترك إن كان بأجر فهو إجارة فى بيع ، وإن كان بغير أجر فهو إعارة فى بيع ، وكلاهما منهى عنه[٣] .

المجوزون لبيع الثمر قبل بدو صلاحه بشرط الترك :

روى الباجى أن يزيد بن أبى حبيب يجوز بيع الثمر قبل بدو صلاحه بشرط التبقية فى العرية[٤] . وروى العينى عنه ذلك ، ولم يقيده بالعرية[٥] . وروى

---

(١) المغنى ٤ : ٨١

(٢) المنتقى ٤ : ٢١٨ والمهذب ١ : ٢٧٩ والمبسوط ١٢ : ١٩٤

(٣) فتح القدير ٥ : ١٠٢ والبدائع ٥ : ١٧٣ والمبسوط ١٢ : ١٩٤ والروض النضير ٣ : ٢٧٩

(٤) المنتقى ٤ : ٢١٨ وانظر ص ٢٢٦

(٥) عمدة القارى ١٢ :٢

ابن رشد أن اللخمى يجوزه أيضا ، تخريجًا على مذهب مالك[١] ، ولم يبين ابن رشد وجه هذا التخريج .

الشيعة الإمامية :

يجوز عند الشيعة الإمامية بيع الثمر بعد ظهوره ، وقبل بدو صلاحه فى أربع حالات بلا خلاف بينهم :

الأولى : أن يباع بشرط القطع ، وقد ذكرناها فى موضعها[٢] .

الثانية : أن يباع مع الضميمة ، أى مع شىء يصح إفراده بالبيع .

الثالثة : أن يباع الثمر أزيد من سنة بأن تباع الثمرة الظاهرة وما يتجدد فى تلك السنة وفى غيرها ، مع بيان عدد السنين ، لأن الظاهر من الثمرة يكون بمنزلة الضميمة إلى المعدوم ، سواء كانت الثمرة المتجددة من جنس الخارجة أو من غيره .

الرابعة : أن يباع مع الأصل ، وهو فى معنى الضميمة[٣] .

أما بيعه فى غير هذه الحالات ففيه خلاف، قولٌ بالمنع، وهو رأى الأكثر، والقول الآخر بالجواز مع الكراهة ؛ وهو الأقرب عند الشهيد الأول ؛ جمعا بين الأخبار ، بحمل ما دل منها على النهى على الكراهة[٤] .

---

(١) بداية المجتهد ٢ : ١٤٩

(٢) انظر ص ٣٦٧

(٣) يستفاد من هذا الحكم ومما تقدم فى بيع الآبق أن الضميمة عند الشيعة الإمامية من العوامل التى تؤثر على الغرر ، فتصحح بعض ما كان ممنوعا بسببه ، فالغرر الناشىء عن عدم القدرة على التسليم لا يفسد البيع ، كما فى بيع الآبق مع الضميمة ، والغرر الناشى عن عدم وجود المحل لا يفسد البيع ايضا ، إذا صاحبت المعدوم الضميمة ، كما فى بيع الثمر أعواما .

(٤) المختصر النافع ١٥٣ ، والروضة البهية ٣٠٣ـ٣٠٤ ، وننقل هنا عبارة الشهيد الأول =

بيع الثمر بعد الظهور ، وقبل بدو الصلاح من غير شرط :

إذا بيع الثمر بعد ظهوره ولكن قبل أن يبدو صلاحه ، ولم يشترط فى العقد تركه على الشجر حتى ينضج ، ولا قطعه فى الحال فالبيع غير صحيح عند أكثر الفقهاء ، لأن إطلاق العقد يقتضى التبقية ، إذ العادة فى الثمار تركها على الشجرة إلى أن تنضج ، فيكون البيع المطلق كالبيع الذى شرطت فيه التبقية فى المنع[1] .

ويرى الحنفية أن الثمر إن كان بحالة يمكن أن ينتفع به فالبيع جائز ، ويجب على المشترى قطع الثمر فى الحال لأن مطلق العقد يقتضى تسليم المعقود عليه فى الحال ، فهو وشرط القطع سواء ، فالحنفية يحملون البيع الخالى من شرط القطع ومن شرط الترك على القطع ، ويردون رأى من يقول بأن الإطلاق يقتضى الترك بأن الترك ليس مشروطا نصاً ، فلا يجوز تقييد العقد به ، خصوصا إذا كان فى التقييد فساد العقد[2] .

= فى اللمعة : « ولا يجوز بيع الثمرة قبل ظهورها عاما ولا أزيد على الأصح ، ويجوز بعد بدو صلاحها ، وفى جوازه قبله بعد الظهور خلاف أقربه الكراهة ، وتزول بالضميمة أو شرط القطع أو بيعها مع الأصول ... كما يجوز شراء الثمرة الظاهرة وما يتجدد فى تلك السنة وفى غيرها » .

(١) المنتقى ٤ : ٢١٨ و ٢١٩ والقوانين الفقهية ٢٥٣ ، فى مذهب المالكية قول بالجواز رواه ابن القاسم فى المدونة ، وهو مبنى على أن مقتضى البيع المطلق القطع فهو متفق مع مذهب الحنفية الآتى بيانه ، ولكن القول بعدم الجواز هو المشهور عن مالك .

المهذب ١ : ٢٧٩ والمغنى ٤ : ٨١ . والبحر الزخار ٣ : ٣١٥ . القول بعدم الصحة رأى الهادى والقاسم والناصر ، عملا بالحديث ، وقال زيد والمؤيد ويحيى : يصح ، لعموم قوله تعالى « وأحل الله البيع » . وشرح النيل ٤ : ٦٢ ، وفى مذهب الإباضية قول بالصحة ، ولكن المنع هو الصحيح . ويقول ابن رشد : إن القول بعدم الجواز هو قول إسحق ، والليث ، والثورى ، وجمهور فقهاء الأمصار ، بداية المجتهد ٢ : ١٤٩ .

(٢) البدائع ٥ : ١٧٣

ويبدو هذا الحكم غريباً من الحنفية ، لأن من القواعد المسلم بها عندهم أن المعروف عرفا كالمشروط شرطا ، ومما لا نزاع فيه أن المتعارف عليه عند الناس ترك الثمر على الشجر إلى أن ينضج لا قطعه ، ولعل الذى دفع الحنفية إلى هذا هو أن حمل معاملات الناس على الصحة ما دام ذلك ممكنا أولى من حملها على الفساد ، ولما كان القول بأن الإطلاق يقتضى الترك يترتب عليه فساد العقد ، والقول بأنه يقتضى القطع، يترتب عليه صحة العقد،وجب الأخذ بما يؤدى إلى الصحة ، وقد أشار الكاسانى إلى هذا فى رده على الجمهور الذى ذكرنا خلاصته سابقا ، وهذا تبرير لا يخلو من وجاهة ، بالرغم من مخالفته القاعدة [١] .

أما إن كان الثمر لا ينتفع به بأى وجه من الوجوه فقد اختلف مشايخ الحنفية فى صحة بيعه،فقيل: لا يجوز ، وهو ما ذكره شمس الأئمة السرخسى، ونسبه قاضيخان لعامة المشايخ ، لأن الثمر الذى لا ينتفع به ليس مالاً متقوماً. وقيل : يجوز البيع ؛ قال الكمال : وهو الصحيح ؛ لأنه مال متقوم ؛ لكونه منتفعا به مستقبلا ، وإن لم يكن منتفعا به فى الحال [٢] .

---

(١) انظر حاشية ابن عابدين ٤ : ٥٤.

(٢) المبسوط ١٢ : ١٩٥ وفتح القدير ٥ : ١٠٣ ولا يخفى أن ما قاله الكمال غير منسجم مع ما يراه الحنفية من أن الإطلاق محمول على القطع ، لأنه إذا كان المشترى سيلزم بقطع ما اشتراه فى الحال فكيف يتم الانتفاع به فى المستقبل ؟ اللهم إلا أن يقال : إن هذا مبنى على التعويل على إذن البائع بترك الثمر حتى يصبح منتفعا به،وسيأتى أن هذا الإذن يسوغ للمشترى الانتفاع بالثمر .

ما الحكم لو لم يقطع المشترى الثمر فى هذه الحالة ؟

إذا اشترى الثمر من غير شرط وتركه على الشجر إلى أن نضح ، فإن هذا الترك لايؤثر فى صحة البيع ، غير أنه إن كان ذلك الترك بإذن من البائع ، فإن الزيادة تطيب للمشترى ؛ لأن البائع قد أذنه فى الترك .

وهذا الإذن الذى تطيب به الزيادة للمشترى قد يكون إذنا مجردا ، كأن يقول البائع للمشترى : أذنتك فى إبقاء الثمر ونحوه ، وقد يكون إذنا ضمنا ، وذلك كما لو استأجر مشترى الثمرة الشجر إلى أن يدرك الثمر ، فإن هذه الإجارة تتضمن الإذن بترك الثمر على الشجر ، بالرغم من أنها إجارة باطلة ؛ لعدم تعارف إجارة الأشجار المجردة فتبطل الإجارة ، ويبقى الإذن[1]

أما إن ترك المشترى الثمر إلى أن نضح بغير إذن من البائع ، فلا تطيب له الزيادة ؛ لأنها حصلت بطريق محظور ، وعليه أن يتصدق بها[2]

بيع الثمر على الشجر بعد بدو صلاحه :

يجوز بيع الثمر بعد بدو صلاحه بشرط القطع ، وهذا لاخلاف فيه إلا ماروى عن أبى سلمة بن عبد الرحمن ، وعكرمة : أنه لايجوز بيع الثمر إلا بعد الصرام ، ولم يذكر ابن رشد راوى ، هذا الخبر ، دليلا عليه[3] وهو قول ،

---

(١) هذا منطق غير سليم فى نظرى ، لأن البائع لم يأذن للمشترى بإبقاء الثمر ، إلا لأنه استأجر منه الشجر ، فإذا بطلت الإجارة وجب أن يبطل الإذن ، ومن قواعد الحنفية: إذا بطل الشيء بطل ما فى ضمنه ، على أنى أرى فى تسمية هذا إذنا تجوزا ، لأنه فى الواقع ليس إذنا ، وإنما هو حق تابع للإجارة ، فإما أن تصح الإجارة فيثبت ، وإما أن تبطل فلا يثبت .انظر ابن عابدين ٤ : ٥٤

(٢) الهداية مع فتح القدير والعناية ٥:١٠٢ . والبدائع ٥:١٦٦،١٧٣ .

(٣) بداية : المجتهد ٢ : ١٤٩

مردود بمفهوم الأحاديث التى تنهى عن بيع الثمر قبل بدو صلاحه ، وبالقواعد العامة التى تصحح البيع ، مادام صادرا من أهله فى محله [١] .

ويجوز بيع الثمر بعد بدو صلاحه ، بشرط الترك عند المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، والظاهرية ، والإمامية ، والإباضية ، وبعض الزيدية ، عملا بمفهوم الأحاديث التى تنهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها ، فإن مفهومها إباحة البيع بعد بدو الصلاح ، وإلا لما كانت لذكره فائدة ، ثم إن البيع المنهى عنه قبل بدو الصلاح هو البيع بشرط الترك ، بدليل التعليل بخوف العاهة ؛ لأن ما يقطع فى الحال لايخشى عليه من العاهة ، ولما كانت الثمرة بعد بدو صلاحها مأمونة من العاهة وجب أن يجوز بيعها على التبقية ؛ لزوال علة المنع [٢]

وقال الحنفية : لايصح البيع بشرط الترك إلى أن ينضج إذا كان الثمر لم يتناه عظمه [٣] ، وهذا باتفاق أئمتهم .

وعللوا المنع بعلتين ، إحداهما ، أن البيع بشرط الترك فيه شرط فاسد ، والأخرى ، أنه يتضمن صفقة فى صفقة كما تقدم [٤]

أما إن كان الثمر قد تناهى عظمه فالبيع فاسد عند أبى حنيفة ، وأبى يوسف

---

(١) انظر ص ٣٦٣

(٢) القوانين الفقهية ٢٠٣ . والأم ٣ : ٤١ . والمغنى ٤ : ٨٦ — ٨٧ . والمحلى : ٤٢٦ . والروضة البهية ٣٠٣ . وشرح النيل ٤ : ٦٥ . والبحر الزخار ٣ : ٣١٥ . لكن من أجازه من الزيدية ، وهم القاسمية ، يشترط أن تكون مدة الترك معلومة ليزول الغرر .

(٣) تناهى عظم الثمار أن يصير إلى الحالة التى لايزداد بعدها ولكنه لم ينضج . المبسوط ١٢ : ١٩٤

(٤) انظر ص ٢٦٩

وهو القياس ، للعلة التى ذكرناها فيما لم يتناه عظمه ، جائزعند محمد ، استحسانا ووجه الاستحسان أن مدة الترك فيما تناهى عظمه يسيرة ، وقد يتحمل اليسير فيما لا يتحمل فيه الكثير ، وقد تعارف الناس على التعامل بشرط الترك فيما تناهى عظمه ، فكان شرطا صحيحا ، لجريان العرف به[١] ، ولم يتعارفوا عليه فيما لم يتناه عظمه . ثم إن مالم يتناه عظمه يكون مشروطا فيه الجزء المعدوم ، وهو الذى يزيد لمعنى من الأرض أو الشجر ، فكأنه ضم المعدوم إلى الموجود ، واشتراهما ، بخلاف ما تناهى عظمه فإنه لا يأخذ للزيادة من ملك البائع شيئا ، ولكن كما يقول السرخسى: « الشمس تنضجه بتقدير الله ، ويأخذ اللون من القمر بتقدير الله ، والطعم من الكواكب بتقدير الله ، فلم يبق فيه إلا عمل الشمس والقمر والكواكب » .

وقد اختلف فقهاء الحنفية فيما عليه الفتوى من الرأيين ، فقال بعضهم : الفتوى على قول الشيخين ، وقال آخرون : الفتوى على قول محمد ، واختار هذا الرأى الطحاوى ، لعموم البلوى ، ورجحه ابن عابدين ، لأنه الاستحسان[٢]

وأود أن أنبه إلى أن الخلاف بين أئمة الحنفية فى بيع ما تناهى عظمه من الثمار بشرط الترك ، خاص ببيعه بعد بدو صلاحه ، ولا يأتى فى بيعه قبل بدو

---

(١) رد الكاسانى هذا بأن العرف لم يجر بشرط الترك ، وإنما جرى بالمسامحة بالترك من غير شرط فى عقد البيع . ويبدو أنه ممن يرجح قول الشيخين، البدائع ٥ : ١٧٣

(٢) المبسوط ١٢: ١٩٥ — ١٩٦ . والبدائع ٥ : ١٧٣ . وفتح القدير ٥ : ١٠٢ و١٠٣ وابن عابدين ٤ : ٥٤ . والفتاوى الهندية ٣ : ١٤٧ .

الصلاح كما فهم ذلك الدكتور السنهورى[1] ، فإن بيع الثمر قبل بدو صلاحه بشرط الترك فاسد باتفاق أئمة الحنفية .

واتفق الشيعه الزيدية على أن البيع لايصح مع شرط البقاء إن جهلت المدة ، للغرر ، وقال المؤيد : لايصح ، ولو كانت المدة معلومة ، للنهى عن بيع وشرط[2] .

وأما بيع الثمر بعد بدو صلاحه من غير شرط القطع أو الترك فجائز عند الجميع ، غير أن مقتضى الإطلاق عند جمهور الفقهاء الترك ، فيكون الأمر كما لو باعه بشرط الترك وهو جائز هنا .

وعند الحنفية مقتضى الإطلاق القطع ، ولذا يلزمون المشترى بالقطع فى

---

(١) مصادر الحق : ٣ : ١٣ — ٢٦ فقد قرر الدكتور السنهورى فى أكثر من موضع من كتابه أن محمدا يجوز بيع الثمر قبل بدو صلاحه بشرط الترك إذا تناهى عظمه ، والواقع أن كتب الحنفية ليست واضحة كل الوضوح فى هذه المسألة ، فكثير منها يقرر حكم بيع الثمر قبل بدو صلاحه وبعده ، ثم يذكر الخلاف فيما تناهى عظمه مما يوهم أنه شامل للحالين ولكن بعض عبارات الفقهاء صريحة فى أن الخلاف هو فيما بدا صلاحه كعبارة الكاسانى ، والكمال ، وابن عابدين ، بل إن ابن عابدين استعمل « تناهى صلاحه » بدل « تناهى عظمه » على أن المسألة فى نظرى واضحة ، لاينبغى أن يحصل فيها لبس بسبب عدم تصريح بعض الكتب بها ، فإن تناهى عظم الثمار مرتبة تأتى بعد مرتبة بدو الصلاح ، فلا يصح أن يوصف مالم يبد صلاحه من الثمار بأنه قد تناهى عظمه . ثم لو كان تناهى العظم يمكن أن يحدث قبل بدو الصلاح لترتب على هذا أن كل ما بدا صلاحه يصح بيعه بشرط الترك عند محمد ، ولم أر هذا فى كتاب من كتب الحنفية ولا غيرهم ، ووجدت فى كتب الحنفية من يقرر الخلاف فيما بدا صلاحه صراحة . البدائع ٥ : ١٧٣ ، وهذا يعنى أن كل مالم يبد صلاحه من الثمار لم يتناه عظمه .

(٢) البحر الزخار ٣ : ٣١٥

الحال ، فإن لم يقطع إلى أن نضج الثمر ، لا يفسد البيع ، ولكن لاتطيب للمشترى الزيادة إن كان الترك بغير إذن البائع ، ولم يكن الثمر قد تناهى صلاحه ، وتطيب له الزيادة إن كان الترك بإذن من البائع أو كان الثمر قد تناهى صلاحه ولو لم يأذن البائع ، غير أن على المشترى فى هذه الحالة إثم غصب المنفعة(١)

تلخيص آراء الفقهاء فى حكم بيع الثمار

يتبين مما تقدم :

١ — أن بيع الثمار قبل أن تخلق لايجوز عند جميع الفقهاء ، إلا ماروى عن عمر بن الخطاب ، وابن الزبير ، وبعض الشيعة الإمامية من جواز بيع السنين .

٢ — وأن بيعها بعد أن تخلق ، وهى على الشجر لا يجوز عند أبى سلمة ابن عبد الرحمن ، وعكرمة ، فلا تباع الثمار عندهما إلا بعد القطع .

ويجوز عند سائر الفقهاء على التفصيل الآتى : —

(ا) إن كان البيع قبل بدو الصلاح لا يجوز مطلقا ، عند سفيان الثورى ، وابن أبى ليلى ، وابن حزم وبعض مشايخ الحنفية ، وبعض أئمة الشيعة الإمامية .

ويجوز عند باقى الفقهاء على التفصيل الآتى :

---

(١) المراجع السابقة . وقد اختلف الفقهاء فى مقدار بدو الصلاح الذى يجوز البيع على أقوال متعددة أرجحها عندى هو : أنه إذا بدا الصلاح فى نوع من الثمار فى بستان من بساتين البلد جاز بيع الثمر الذى من نوعه فى ذلك البستان وفى البساتين الأخرى فى البلد ، لأن العادة أن النوع الواحد فى البلد الواحد يتلاحق إدراكه ، ويأمن العاهة فى وقت واحد وانظر فى هذا الموضوع عمدة القارى ١٢ : ٥ : وبداية المجتهد ٢ : ٢ : ١٥٢ والمغنى ٤ : ٨٧ — ٨٨

١ — إن كان بشرط القطع يجوز عندهم جميعا .

٢ — وإن كان بشرط الترك لا يجوز عند الجمهور منهم،ويجوز عند يزيد ابن أبي حبيب ، واللخمى، ويجوز فى رأى للشيعة الإماميةمع الكراهة،ويجوز من غير كراهة باتفاقهم إذا كان مع الضميمة .

٣ — وإن كان على الإطلاق لا يجوز عند الجمهور، ويجوز عند الحنفية .

(ب) وإن كان البيع بعد بدو الصلاح فهو جائز عند الجمهور منهم ، سواء كان مع شرط القطع ، أو الترك ، أو على الإطلاق ، وقال الحنفية : لا يجوز مع شرط الترك فيما لم يتناه عظمه ، وقال الشيعة الزيدية : لا يجوز مع شرط الترك إن جهلت المدة ، وقال المؤيد بالله : لا يجوز ، ولو علمت المدة .

والذى أرجحه من هذه الآراء هو : أن بيع الثمر قبل ظهوره لا يجوز ، وأن بيعه بعد الظهور وقبل بدو الصلاح . يجوز بشرط القطع ، ولا يجوز بشرط الترك،ولا على الإطلاق ، لأن العرف الآن أن الإطلاق يقتضى الترك، كما أرجح الجواز فى بيع الثمر بعد بدو صلاحه بشرط الترك . وهذا الذى رجحته من آراء الفقهاء هو ما سبق أن استنبطته من الأحاديث .

بقيت كلمة أخيرة هى : أن النهى عن بيع الثمر قبل بدو صلاحه جاء معللا بعلة منصوص عليها ، هى خوف العاهة ، ومقتضى هذا أن يستمر النهى ما دامت العلة موجودة ، فإذا زالت العلة بأى سبب من الأسباب زال النهى : ولهذا جوز جمهور الفقهاء البيع بعد بدو الصلاح بشرط الترك .

ينتهى بنا هذا إلى أنه إذا كان هناك نوع من الثمار لا تصيبه العاهة فإن بيعه يجوز ، ولو كان البيع قبل بدو الصلاح ، وأنه إذا كانت العاهات تندر فى بلد من البلاد بسبب طبيعة البلد ، أو بسبب التغلب على العاهات بالطرق

العلمية الحديثة ، فلا حرج فى بيع ثمار ذلك البلد قبل بدو صلاحها . وهذا يتفق مع القاعدة التى قررناها سابقا ، وهى أن بيع المعدوم المحقق الوجود بحسب العادة جائز، فإن الثمر مع أمن العاهة يصبح محقق الوجود عادة فينتفى الغرر . والله أعلم .

بيع الثمر والزرع الذى يوجد بعضه بعد بعض

اختلف الفقهاء فى الثمر والزرع الذى لا يوجد كله فى وقت واحد ، وإنما تتلاحق أفراده ، فيظهر بعضها بعد بعض أو ـ كما يعبر بعض الفقهاء ـ يثمر بطونا مختلفة ، وذلك كالبطيخ والقثاء والباذنجان والقرع ، هل يجوز بيع ما لم يظهر منه مع ما ظهر وبدا صلاحه ، أم لا يجوز بيع إلا ما ظهر منه ؟ .

قال جمهور الفقهاء : لايجوز بيع ما لم يوجد منه مع ماوجد وبدا صلاحه ، أى لا يصح بيع إلا ما ظهر منه ، وبدا صلاحه وحده ، فلا يباع البطيخ ونحوه إلا لقطة لقطة ، ويحتجون بأن ما لم يظهر من الثمر معدوم ، فلا يجوز بيعه ، كما لم يجز بيع ما يثمر بطنا واحدا قبل ظهور الثمر ، فكلاهما من بيع ما لم يخلق . وهذاهوقول الحنفية فى ظاهر المذهب[١] ،وقول الشافعية[٢] ،والحنابلة[٣] ، والظاهرية[٤] ، والشيعة الزيدية[٥] ، والإباضية[٦] . وهو قول الحسن ،

---

(١) المبسوط ١٢ : ١٩٧

(٢) تكملة المجموع ١١ : ٤٦١ — ٤٦٢ و ٤٩٥

(٣) المغنى ٤ : ٩٠

(٤) المحلى ٨ : ٤٠٧

(٥) البحر الزخار ٣ : ٣١٧

(٦) شرح النيل ٤ : ٧٢ — ٧٣ فى مذهب الإباضية قول ضعيف بالجواز إذا لم يذكر فى العقد أنه يشترى الغلة الحاضرة ، والتى تزيد ، ويكون المشترى فى هذه الحالة غلة سنة .

وإبراهيم النخعى ، والشعبى ، وعطاء ، ومجاهد[١] . وأكثر الفقهاء تشددا فى المنع الشافعى ، وابن حزم .

يقول الشافعى فى الأم : « وإذا حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم بيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحها وهى ترى، كان بيع ما لم ير ولم يبدصلاحه أحرم، لأنه يزيد عليه ألا يرى » ويقول فى موضع آخر : « ولا وجه لقول من قال : يجوز فى الخربز[٢] والقثاء إذا بدا صلاحهما أن يشتريهما ، فيكون لصاحبهما ماينبت أصلهما ، يأخذ كل ماخرج منهما .. وهذاعندى ـ والله تعالى أعلم ـ من الوجوه التى لم أكن أحسب أحدا يغلط إلى مثلها ، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها ، لئلا تصيبها العاهة فكيف لاينهى عن بيع مالم يخلق قط .. أيجوز أن يشترى ثمر النخل قد بدا صلاحه ثلاث سنين فيكون له ، فإن كان لايجوز إلا عند كل ثمرة ، وبعد أن يبدو صلاحها لم يجز فى القثاء والخربز إلا ذلك ، وليس حمل القثاء مرة يحل بيع حمله ثانية ولم يكن حمله بعد ، ولحمل النخل أوى ألا يخلف فى المواضع التى لاتعطش ، وأقرب من حمل القثاء الذى إنما أصله بقلة يأكلها الدود ، ويفسدها السموم والبرد ، وتأكلها الماشية ، ويختلف حملها ، ولو جاز هذا جاز شراء أولاد الغنم وكل أنثى وكان إذا اشترى ولد شاة قد رآه ، جاز أن يشترى ولدها ثانية ولم يره وهذا لايجوز[٣] » .

ويقول ابن حزم : « ويجوز بيع ما ظهر من المقاثى وإن كان صغيرا جدا ، لأنه يؤكل ولا يحل بيع ما لم يظهر بعد من المقاثى ، والياسمين ، والنور ،

---

(١) المحلى ٨ : ٢٠٧

(٢) الخربز نوع من البطيخ .

(٣) الأم ٣ : ٤٢و٤٣

وغير ذلك ، ولا جزة ثانية من القصيل ، لأن كل ذلك بيع ما لم يخلق، ولعله لا يخلق ، وإن خلق فلا يدرى أحد غير الله تعالى ما كميته ، ولا ما صفاته فهو حرام بكل وجه ، وبيع غرر ، وأكل مال بالباطل[1].

وقال المالكية[2] ، والشيعة الإمامية[3] ، وبعض مشايخ الحنفية[4] يجوز بيع مالم يظهر مع ماظهر وبدا صلاحه ، ويقول ابن القيم: إن بعض أصحاب أحمد جوزه أيضا[5]. ويحتج هؤلاء بأن بيع هذه الأشياء لا يكون إلا على هذا الوجه ، فيجوز للضرورة ، وإن كان بعض الثمر لم يخلق ، كما جاز بيع ما لم يطب من الثمر ، مع ماطاب فيما يثمر بطنا واحدا باتفاق الفقهاء .

ونورد فيما يلى خلاصة مذهب المالكية والحنفية فى هذا الموضوع :

يرى المالكية أن ما يوجد من الثمر أو الزرع بعضه بعد بعض « بطونا مختلفة » إما إن يكون متصلا أو غير متصل،فإن كان غير متصل لا يجوز بيع ما لم يخلق منه مع ما خلق ، وحكم كل بطن منه مختص به كشجر التين يوجد فيه الباكور والعصير ، وكالنخيل والتفاح والرمان والجوز ، وإن كان متصلا وتميزت بطونه كالقصيل الذى يجز مدة بعد مدة ، ففيه روايتان فى المذهب ، إحداهما بالجواز ، والأخرى بالمنع ، أما ما اتصلت بطونه ولم يتميز أوله من آخره كالبطيخ ، والقثاء ، والباذنجان ، والقرع ، فلا خلاف فى المذهب فى جواز

---

(١) المحلى ٨ : ٧ ٤

(٢) بداية المجتهد ٢ : ١٥٧

(٣) المختصر النافع ١٥٤

(٤) البدائع ٥ : ١٣٩

(٥) إعلام الموقعين ١ : ٣٦١

بيع ما لم يوجد منه مع ما وجد ، لأنه لا يمكن حبس أوله على آخره ، فجاز أن يباع ما لم يخلق مع ما خلق و بدا صلاحه ، كما جاز باتفاق الفقهاء بيع مالم يطب من الثمر مع ما طاب فيما يثمر بطنا واحدا : للضرورة ، فالغرر الذى فى هذا البيع مغتفر للضرورة.

ويشترط لصحة البيع أن يكون شاملا لجميع ما يخرج منه من غير تقدير بعدد فى البطون أو مدة من الزمن. وإذا اختلف المشترى والبائع فأراد المشترى تبقية الأصل ، وطالبه البائع بقلعه ، رجع فى ذلك إلى العرف فى تلك الجهة وليس فى ذلك توقيت بمدة من الزمان ، كالثمرة تشترى بعد بدو صلاحها ، فإن الرجوع فى بقائها فى أشجارها إلى العرف والعادة[1] . قال مالك فى الموطأ : « والأمر عندنا فى بيع البطيخ والقثاء والخربز والجزر أن بيعه إذا بدا صلاحه حلال جائز ، ثم يكون للمشترى ما ينبت حتى ينقطع ثمره ويهلك ، وليس فى ذلك وقت يوقت ، وذلك أن وقته معروف عند الناس[2] .

أما الحنفية فقد عرفنا أن ظاهر المذهب لا يجوز بيع ما لم يظهر مع ما ظهر ، ولكن هناك رواية عن محمد بالجواز، وقد أفتى به شمس الأئمة الحلوانى، والإمام أبو بكر محمد بن الفضل البخارى جاعلين المعدوم تبعا للموجود ، استحسانا لتعامل الناس وللضرورة . قال أبو بكر محمد بن الفضل: أجعل الموجود أصلا فى العقد وما يحدث بعد ذلك تبعا ، واستحسن هذا لتعامل الناس ، فإنهم تعاملوا بيع ثمار الكرم بهذه الصفة ، ولهم فى ذلك عادة ظاهرة ، وفى نزعهم عن عادتهم حرج بين .

---

(١) المنتقى ٢ : ٢٢٢ ــ ٢٢٤ ، وبداية المجتهد ٢ : ١٥٧

(٢) الموطأ بهامش المنتقى ٤ : ٢٢٢ ويلاحظ أن الإمامية يختلفون عن المالكية فى هذه النقطة ، فإنهم يشترطون أن تكون القطات معلومة العدد ــ الروضة البهية ٣٠٤

وقد عارض السرخسي هذا الرأي ، وقرر أن القول بعدم الجواز أصح ، وتبعه غيره من فقهاء الحنفية، بحجة أنه ليست هناك ضرورة تدعو لجعل المعدوم تبعا للموجود ، فإنه يمكن في البطيخ والباذنجان مثلا أن يشتري أصولها حتى يكون ما يحدث في ملكه ، وفي الثمار يمكن أن يشتري الموجود ببعض الثمن ، ثم يؤخر العقد فيما بقي،إلى أن يصير منتفعا به ، أو يشتري الموجود بجميع الثمن، ويحل له البائع أن ينتفع بما يحدث،وفي الزرع والحشيش يشتري الموجود ببعض الثمن ، ويستأجر الأرض بباقي الثمن مدة معلومة يعلم أن الزرع ينتهي فيها ، فيحصل للمتبايعين بهذا الطريق مقصودهما ، من غير مصادمة للنص الذي ينهى عن بيع المعدوم، وهو ماروى أنه عليه السلام نهى عن بيع ماليس عندالإنسان ورخص في السلم[1] .

وقد أيد ابن تيمية ، وابن القيم رأي الإمام مالك ومن معه[2] ، وهو رأي ظاهر الوجاهة لا ينبغي العدول عنه،فإن هذه الأشياء، ولا سيما البطيخ ونحوه ، قد اعتاد الناس بيع ما لم يظهر منها ، مع ما ظهر ، لأن هذه هي الطريقة السليمة لبيعها ، التي لا تؤدي إلى نزاع ، ولا توقع في الحرج والمشقة ، إذ لو ألزمنا الناس ببيع هذه الأشياء لقطة لقطة لأدى ذلك إلى التنازع ، فإن وضع حد فاصل بين كل لقطة ، والتي تليها أمر عسير جدا ، ثم إن صاحب المقثاة لا يتيسر له وجود المشتري في كل وقت

---

(١) المبسوط ١٢ : ١٩٧ ، والبدائع ٥ : ١٣٩ ، وفتح القدير ٥ : ١٠٥ ، والزيلعي ٤ : ١٢ . وقيد الزيلعي القول بالجواز بما إذا كان الموجود أكثر ، ولم يذكر هذا القيد السرخسي ولا الكاساني .

(٢) نظرية العقد لابن تيمية ٢٢٣ ، وإعلام الموقعين ١ : ٣٦١

تكون فيه الثمرة صالحة للبيع ، فيكون ذلك سببا فى ضياع ماله ، وكلا الأمرين، التنازع وإضاعة المال ، لايرضاه الشارع ، وهما اللذان حرم الشارع من أجلهما بيع الغرر[1]. وقد أدرك المانعون ما يترتب عليه قولهم من فساد ، فالتمسوا لهم مخرجا فى بيع الأصول مع الثمر ، أو إجارة الأرض بأجر إسمى أو . . أو . . كل هذا فرار من بيع المعدوم ، وهم يعلمون أن مخارجهم هذه لم تغير فى حقيقة الأمر شيئا ، فالمبيع لا يزال معدوما ، لأن المتبايعين لم يقصدا من التعاقد على شراء الأصول إلا شراء الثمرة التى ظهرت ، والتى لم تظهر ، والأمور بمقاصدها . ولو أن هؤلاء الفقهاء المانعين للبيع نظروا إلى الموضوع على ضوء الواقع ومصلحة العباد،ولم يتمسكوا بتطبيق قاعدة بطلان بيع المعدوم لأدركوا كما أدرك المجوزون أن هذه الأشياء لا يمكن بيعها إلا على وجه واحد هو بيع مالم يظهر مع ما ظهر ، وأن الشارع كما يقول ابن القيم : « لا ينهى عن بيع ما لا يباع إلا على وجه واحد » إذ لو فعل ذلك لأوقع الناس فى الحرج الشديد .

وإنى لأعجب كيف فات هذا على الإمام الشافعى ، فسوى بين بيع ثمرة النخل قبل بدو صلاحها ، و بيع ما لم يخرج من القثاء مع ما خرج ، مع أن الفرق بينهما واضح ، هو أنه لا حاجة تدعو إلى بيع ثمرة النخل قبل بدو صلاحها ، وأن الوجه الأكمل الذى يقطع النزاع هو بيعها بعد بدو صلاحها ، فى حين أن بيع ما لم يظهر من القثاء ، مع ما ظهر منه وبدا صلاحه مما تدعو إليه

---

(١) ولهذا فإنى أرجح عدم جواز بيع ما لم يظهر مع ما ظهر فيما يمكن أن تباع فيه كل لقطة على حدة من غير حرج كالبرسيم ، وهذ الذى رجحته لا يخرج عن مذهب المالكية ، فقد قدمنا أن فى مذهبهم روايتين فيما يثمر بطونا مختلفة إذا كان متصلا وتميزت بطونه . رواية بجواز بيع ما لم يظهر ، ورواية بعدم الجواز . راجع ص ٣٨١

الحاجة ،وأن بيعه لقطة لقطةهوالذى يؤدى إلى النزاع . ثم إنى لأعجب أكثر من الشافعى فى قياسه بيع ثمر النخل قد بدا صلاحه ثلاث سنين ، وبيع ما تلده الغنم على بيع سائر بطون البطيخ مع البطن الأول ، مع أن هذا من الوجوه التى ما كنت أحسب أحداً قط يغلط إلى مثلها ، على حد تعبير الشافعى .

بيع المعدوم فى القانون المصرى

الغرر الناشىء عن بيع المعدوم لا يؤثر فى صحة البيع فى القانون ، وإنما الذى يؤثر هو عدم وجود المبيع ، إذا قصد المتبايعان التعاقد على شىء موجود وقت العقد ، أو استحالة وجوده إذا قصدا التعاقد على شىء سيوجد مستقبلا ؛ لأن المبيع إذا لم يكن موجودا فى الحالة الأولى ، أو كان مستحيل الوجود فى الحالة الثانية ، فإنه يستحيل على البائع فى الحالين تنفيذ التزامه ، والقاعدة أن المستحيل لا يلزم ، فعلى هذا يشترط وجود الشىء المبيع وقت العقد إذا قصد المتبايعان التعاقد على شىء موجود فعلا ، فإذا ظهر فى هذه الحالة أن المبيع لم يكن موجودا وقت العقد فإن البيع لا ينعقد ، وذلك كما لو باع شخص منزلا ثم ظهر أن المنزل احترق قبل العقد أو وقته[1] . ويشترط أيضا ألا يكون المبيع مستحيل الوجود إذا كان التعاقد على شىء مستقبل .

وهذان الشرطان يؤخذان من المادة (١٣٢) من القانون المدنى المصرى ونصها : « إذا كان محل الالتزام مستحيلا فى ذاته كان العقد باطلا[2] » ، وهما شرطان بدهيان .

---

(١) أما إذا كان المنزل موجودا وقت التعاقد، ثم احترق قبل التسليم ، فإن العقد ينعقد صحيحا ، ولكنه ينفسخ ، لاستحالة تنفيذ البائع التزامه بتسليم المبيع للمشترى .

(٢) انظر ص ٣٥٠

بيع الأشياء المستقبلة :

نصت الفقرة الأولى من المادة (١٣١) من التقنين المدنى المصرى على أنه :
« يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا، وهذا يعنى أن بيع الأشياء المعدومة وقت العقد جائز قانونا ، ما دام وجودها محتملا فى المستقبل ، وبيع الأشياء المستقبلة له صورتان :

الصورة الأولى : أن يعلق البيـع على شرط واقف هو وجود المبيع فى المستقبل فإن تحقق الشرط أصبح البيع باتا ، وإن لم يتحقق لا يتم البيع ، مثال ذلك : أن يبيع شخص محصول قطن أرض معينة فى سنة معينة قبل أن تنتج ، ويجوز أن يكون البيع فى هذه الصورة بسعر الوحدة ، كأن يبيع القطن بسعر القنطار كذا ، كما يجوز أن يكون بثمن معين لـكل ما تنتجه الأرض من القطن ، وفى هذه الحالة يلتزم المشترى بدفع الثمن المتفق عليه ، بصرف النظر عن الـكمية التى تنتجها الأرض .

الصورة الثانية : أن يكون البيـع منجزا ، أى : أن المشترى يتعاقد مع البائع على شراء الشىء المحتمل الوجود بثمن يلتزم بدفعه ، وجد المبيع ، أو لم يوجد ، مثال ذلك : أن يبيـع الصياد ضربة شبكته ، أو يبيع الزارع ما تنتجه أرضه من القطن بثمن معين ، فإن المشترى يجب عليه دفع الثمن، ولو لم يخرج فى الشبكة شىء أو تنتج الأرض شيئا ، فالفرق بين الصورتين أن المشترى فى الصورة الأولى لا يدفع الثمن إذا لم يوجد شىء من المبيع ، وقد لا يدفع إلا على مقدار ما يأخذ إذا كان البيع بسعر الوحدة ، وقد يدفع أكثر أو أقل مما يأخذ إذا كان البيع جزافا ، أما فى الصورة الثـانية فإن المشترى قد يدفع أكثر

أو أقل مما يأخذ وقد يدفع الثمن ولا يأخذ شيئا مطلقا[1] .

بيع التركة المستقبلة :

استثنى القانون المصرى من قاعدة جواز التعامل فى الأشياء المستقبلة التعامل فى التركات المستقبلة ، فأبطل جميع التصرفات التى ترد على تركة مستقبلة ، ولو كانت برضا المورث ، إلا فى الأحوال التى نص القانون على جوازها ، فقد جاء فى الفقرة الثانية من المادة (١٣١) من القانون المدنى الجديد : « غير أن التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل ، ولو كان برضاه ، إلا فى الأحوال التى نص عليها فى القانون ».

هذا وقد نص القانون على صحة الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه ، فإن زادت

---

(١) إذا لم يصرح المتعاقدان بنيتهما، فيما إذا كان البيع احتماليا أو شرطيا فإنه ينظر عادة إلى الثمن ، فإن كان أقل من الثمن العادى فإن البيع يكون احتماليا، وإن كان قريبا من الثمن العادى أو زائدا عليه فإن البيع يكون شرطيا . وعند الشك يرجح أن البيع شرطى ، لأن العرف جرى بأن المشترى لايجازف فى وجود المبيع نفسه . شرح القانون المدنى الجديد للدكتور محمد كامل مرسى ٦ : ١٠٨ - ١٢٢ والوسيط للدكتور السنهورى ١ : ٣٧٥-٣٨٣ و ٤ : ١٩١- ١٩٣ ونظرية العقد فى قوانين البلاد العربية للدكتور الصده ٢ : ٣ - ١٢ . وشرح العقود المدنية للأستاذ الدكتور جميل الشرقاوى الجزء الأول ٨٥ : ٩٠ و ٩٥ - ٩٨

ويلاحظ أن الأستاذ الدكتور الشرقاوى يرى أن بيع المال المستقبل بيع بات ، وليس بيعا معلقا على شرط واقف ، لأن تعليقه على وجود المال المبيع يعنى إضافة كل آثاره إلى المستقبل، ومنها التزام المشترى بدفع الثمن فى الحال ، وهذا يتعارض مع قصد المتعاقدين فى الصورة العادية لبيع الأموال المستقبلة ، فإن من يبيع محصوله الزراعى قبل نضجه فإنما يقصد الحصول على الثمن فى الحال ، ولكن الدكتور الشرقاوى لا يرى مع هذا ما يمنع من اتفاق الطرفين صراحة على جعل وجود المبيع شرطا واقفا للبيع .

قيمة ما عين لأحدهم على استحقاقه فى التركة كانت الزيادة وصية ـ المادة (٩٠٨).

أما سائر التصرفات الأخرى من بيع ، ومقايضة ، وشركة ، وصلح وتنازل ، إلخ .. فهى باطلة بطلانا مطلقاً لا تصححه الإجازة الحاصلة بعدموت المورث ، لأنه مناف للآداب العامة ، لما فيه من معنى المضاربة على حياة إنسان على قيد الحياة ، قد تدفع إلى القضاء عليه ، ولأن فى إجازته تشجيعا للمضاربين على استغلال حاجة الشخص الذى قد يضطر إلى بيع حقوقه فى التركة بثمن بخس مما يضر بالحياة الاقتصادية . ولا فرق بين أن يكون التصرف واردا على كل التركة أوعلى جزء منها ، ولافرق بين أن يكون المتصرف هوالوارث أو الموصى له أو المورث نفسه [1] .

بيع المعدوم فى القانون الإنجليزى :

يجوز فى القانون الإنجليزى ، كما فى القانون المصرى ، أن يكون المبيع موجودا وقت العقد ، كما يجوز أن يكون شيئا مستقبلا سيصنعه البائع أويتحصل عليه بعد عقد البيع ، وهو مايعرف ببيع البضائع المستقبلة future goods .

فالبضائع المستقبلة تشمل البضائع التى لم توجد ، والبضائع الموجودة ، ولكنها ليست عند البائع . ولا بد فى بيع البضائع المستقبلة أن تكون محتملة الوجود ، وتعتبر البضائع محتملة الوجود إذا كانت النتاج الطبيعى أو الزيادة المتوقعة لشىء مملوك ، أو فى حوزة البائع وقت إبرام العقد ، مثال ذلك : القمح الذى سيزرع فى أرض البائع ، والصوف الذى سيجز من غنمه الموجودة ،

---

(١) المصادر السابقة

واللبن الذى سيحلب من بقره الموجودة،والأولاد التى ستلدها بهائمه الموجودة وما أشبه ذلك .

وبيع البضائع المستقبلة يمكن أن يحصل فى ثلاث صور مختلفة،فبيع المحصول لأرض معينة يصح أن يكون على أى شكل من الأشكال الثلاثة الآتية :

١ — أن يكون البيع معلقا على وجود المحصول،بحيث إذا لم تنتج الأرض لا يوجد عقد مطلقا .

٢ — أن يكون البيع منجزا بمعنى أن البائع يضمن وجود المحصول، بحيث لو لم تنتج الأرض يكون مسئولا عن عدم التسليم .

٣ — أن يكون بيع حظ Sale of a spes يلتزم فيه المشترى بدفع الثمن ، وجد المحصول أو لم يوجد .

وهذا الشكل الثالث قريب من القمار ، ولكن بما أن البائع يناله مبلغ محدد على أى حال،فإن هذا البيع لا يدخل تحت الرهان، وعلى هذا فلا تطبق عليه المادة (١٨) من لائحة القمار لسنة ١٨٤٥[1] .

مقارنة بين الشريعة والقانون فى بيع الأشياء المستقبلة :

يتبين لنا مما تقدم أن الأشياء المستقبلة المحققة الوجود بحسب العادة يجوز بيعها فى الشريعة والقانون ، مثل بيع الثمر بعد بدو صلاحه ، وبيع السلم، وبيع الاستصناع،وإنما يختلف الفقه مع القانون اختلافا واسعا فى بيع الأشياء المستقبلة

---

(1) The Sale of Goods Act 1893 Sect . 5 &
The Sale of Goods By P . S . Atiyah P 28 - 30. &
Sudan Law Reports (Civil) V . II P 1299 .

المحتملة الوجود ، فالفقه الإسلامى لا يجوز هـذا النوع من البيع إلا فى حدود ضيقة ، وعند بعض الفقهاء ، وذلك فى حالة ما إذا كان فى إرجاء البيع إلى أن توجد تلك الأشياء أو تصبح محققة الوجود مشقة وحرج ، مثال ذلك : بيع ما لم يظهر من البطيخ ونحوه مع ما ظهر منه وبدا صلاحه .

أما القانون فإنه يجوز بيع الأشياء المحتملة الوجود على أية صورة تراضى عليها المتبايعان ، ولا يستثنى إلا بيع التركه المستقبلة ، فالقانون يجوز للزارع مثلا أن يبيع ما تنتجه أرضه من المحصول ، ولو قبـل زراعته بيعا معلقا على وجود المحصول ، أو بيعـا منجزا يضمن فيه وجود المحصول ، أو بيعا منجزا يتحمل فيه المشترى تبعة عـدم وجود المحصول ، ولا مانع من أن يكون البيع جزافا ، أى لـكل ما تنتجه الأرض أو بسعر الوحدة ، أى كل إردب كذا .

وجميع هذه الصور وأمثالها ممنوعة فى الفقه الإسلامى ، غير أن بعضها لا خلاف فيه ، بل لا مجال للاجتهاد فيه ؛ لأنه قد ورد نص خاص بالنهى عنه ، زيادة على النص العـام الذى ينهى عن بيع الغرر ، وذلك كبيع الزارع كل ما تنتجه أرضه ، أو شجره قبل زراعته ، أو بعدها ، وقبل بدو صلاحه ، وأمنه العاهة ، لحديث النهى عن بيع الثمر قبل بدو صلاحه ، ولا فرق بين أن يكون البيع معلقا على وجود الزرع أو منجزا ، لأن الغرر موجود فى الحـالتين ، ففى حالة التعليق يأتيه الغرر من جهة الجهل بمقدار المبيع ، وفى حالة التنجيز يأتيه الغرر من جهتين : الجهل بوجود المبيع ، والجهل بمقداره إن وجد ، وكبيع رب البهائم ما تلده بهائمه ، أو الصياد ما تصيده شبكته ، للنهى عن بيع ما فى بطون الإناث ، والنهى عن بيع ضربة الغائص ، ولا شك أن منع هذه البيوع وأمثالها هو الصواب

لأنه بيع يؤدى إلى النزاع ، أو إلى النـدم والحسرة ، وأكل المال بالباطل ، ولا حاجة تدعو إليه .

ومن الصور التى يختلف فيها القانون مع الفقه الإسلامى ، ويصح أن تكون محلا للبحث ، ما إذا باع الزارع ما تنتجه أرضه أو شجره بسعر الوحدة ، بأن يبيع الثمر الذى ستثمره حديقته ، أو القطن الذى سيجنيه من أرضه، كل إردب بكذا ، أو كل قنطار بكذا ، إذ ربمـا يقال : إن البيع بهذه الـكيفية ينبغى أن يكون صحيحا فى الفقه الإسلامى ؛ لأنه لا غرر فيه ؛ لأن المشترى سيدفع من الثمن بمقدار ما يأخذ من الثمر، أو القطن ، ولو فرض أن الحديقة لم تثمر مطلقا فإن المشترى لا يدفع شيئا[1] ، وقد يحتج لهذا بأن قوله صلى الله عليه وسلم فى حديث النهى عن بيع الثمر قبل بدو صلاحه : « أرأيت إذا منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟» يدل على أن المنهى عنه هو البيع جزافا ، أى بيـع كل ما تثمره الشجرة أو الحديقة سواء أثمرت قليلا ، أو كثيرا ، أو لم تثمر شيئا ؛ فيكون البيع بسعر الوحدة خارجا من عموم هذا الحديث ؛ لأنه ليس فيه أكل للمال بالباطل .

وهذه حجة وجيهة ، ولـكنها لا تـكفى للحكم بجواز هذا البيع ؛ لأنه قد تـكون هناك أدلة أخرى غير حديث النهى عن بيع الثمر قبل بدو صلاحه تمنع البيع ولو كان بسعر الوحدة ، فلنبحث إذاً عن تلك الأدلة المانعة :

يمكن أن يستدل على المنع بما يأتى :

١ — أن البيع بسعر الوحدة، وإن لم يكن فيه غرر من جهة الجهل بوجود

---

(١) مصادر الحق ٣ : ٥٧

المبيع ، فإن فيه غررا من جهة الجهل بحصول العقد نفسه ، فإن العقد فى هذه الحالة يكون معلقا على وجود الثمر ، وهو أمر محتمل الوجود، وقد عرفنا أن الفقهاء لا يجوزون البيع مع التعليق ؛ لما فيه من الغرر ، ولمعان أخرى [1] ، وفيه أيضا غرر من جهة الجهل بمقدار المبيع والثمن ، إذ لا يدرى أحد مقدار ما تثمره الحديقة لو أثمرت .

٢ — هذا البيع إما أن يكون من بيع الكالىء بالكالىء ، أو من السلم فى ثمر حائط بعينه وكلاهما ممنوع ؛ وذلك لأن المشترى إن لم يدفع الثمن فهو بيع كالىء بكالىء ، وإن دفع الثمن فهو سلم فى معين [2] ، وقد يدفع القائلون بصحة البيع هذه الحجة الثانية بأنها مبنية على أن البيع وقع منجزا ، فى حين أن البيع المتنازع فى صحته بيع معلق على وجود الثمر ، ومعلوم أن البيع المعلق لا ينعقد إلا عند تحقق الأمر المعلق عليه ، وبهذا تبطل الحجة الثانية ، وتبقى الحجة الأولى وحدها ، وهى تستند إلى أن تعليق البيع لا يجوز ، والقول بعدم جواز تعليق البيع ، وإن كان رأى الجمهور قد خالفه بعض الفقهاء ، وبرأيهم نأخذ .

وأرى أن التعليق ينبغى ألا يجوز فى هذه الحالة ، لأنه ليست هناك حاجة تدعو إليه ، ولا مصلحة فيه ، بل قد تترتب عليه بعض المصاعب ، فقد يظهر المحصول أكثر مما كان يتوقعه المشترى فيعجز عن دفع ثمنه، وقد يتغير السعر وقت وجود المحصول تغيرا كبيرا عن السعر المتفق عليه فيصيب أحد المتبايعين

---

(١) انظر ص ١٢٧ — ١٤٦

(٢) نظرية العقد لابن تيمية ٢٣١

الندم والحسرة فيدفعه هذا إما إلى التحايل على إبطال البيع ، وإما إلى إمضائه على كره منه ، فلا يتحقق الرضا الذى ينشده الشارع فى البيع ، فالمصلحة إذاً فى منع بيع المحصولات المستقبلة قبل بدو صلاحها ، ولو كان البيع معلقا على وجودها ، وبيعت بسعر الوحدة .

المبحث التاسع

عدم رؤية المحل

تمهيد :

قد يكون المحل معلوم الجنس ، والنوع ، والصفة ، والمقدار ، والأجل موجودا ومقدورا على تسليمه ، ومع ذلك يدخله الغرر عند بعض الفقهاء ؛ لأنه غير مرئى من أحد العاقدين ، وذلك فى حالة ما إذا كان المحل غائبا عن مجلس العقد ، أو موجودا فى مجلس العقد ، ولكنه غير مرئى لأحد المتعاقدين؛ إما لوجوده داخل غلاف ، أو لأن أحد المتعاقدين أعمى .

وسنتكلم فى هذا المبحث عن فرعين:

الفرع الأول : بيع العين الغائبة .

الفرع الثانى : بيع الأعمى وشراؤه .

بيع العين الغائبة

ما المراد بالعين الغائبة ؟:

المراد بالعين الغائبة : العين المملوكة للبائع الموجودة فى الخارج ، ولكنها غير مرئية ، سواء أكانت موجودة فى مجلس العقد ، أم غير موجودة ، فالمراد بالغيبة،الغيبة عن البصر ، وعلى هذا فبيع المعدوم لا يدخل فى بيع الغائب،وإن كان كل معدوم غائبا ، وكذلك بيع مالا يملكه البائع لا يدخل فيه ؛ لأنه إن كان مرئيا فخروجه ظاهر ، وإن لم يكن مرئيا فهو غائب وغير مملوك ، وكلامنا إنما هو فى بيع الغائب فقط ، ويدخل فى بيع الغائب ما كان حاضرا فى مجلس العقد ، ولكنه غير مرئى كشىء فى بطن صندوق .

النصوص :

١ — عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي مريم عن مكحول رفع الحديث إلى النبي صلى الله عليه وسلم قال : من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه ، إن شاء أخذه ، وإن شاء تركه[١]

٢ — عن عمر بن إبراهيم بن خالد ، عن وهب اليشكرى ، عن محمد بن سيرين ، عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه[٢] .

---

(١) رواه البيهق ، والدارقطني ، وابن أبي شيبة ، واللفظ للبيهق،هذا الحديث مرسل ،لأن مكحولا تابعي.وأبو بكر بن أبي مريم ضعيف ، وقال ابن حزم : أبو بكر بن أبي مريم مذكور بالكذب: السنن الكبرى للبيهق ٥ : ٢٦٨ . ونصب الراية ٤ : ٩ والمجموع شرح المهذب ٩ : ٣٠٢ والمحلى ٨ : ٣٤١

(٢) رواه البيهق ، والدارقطني ، واللفظ للبيهق .
قال الدارقطني : هذا حديث باطل لم يروه غير عمر بن إبراهيم المعروف بالكردى ، وهو يضع الاحاديث ، وقال إن هذا الخبر يروى عن ابن سيرين من قوله.وقال ابن القطان :والراوى عن الكردى داهر بن نوح وهو لايعرف ، ولعل الجناية منه . السنن الكبرى للبيهق ٥:٢٦٨ ونصب الراية ٤:٩ والمجموع شرح المهذب ٩:٣٠٢

ولم يسلم الشيعة الزيدية بتضعيف المحدثين لهذا الحديث . فقد جاء فى البحر الزخار : وما قيل من أن هذا الخبر رواه ابن خالد ، وكان كذابا مردود بأن الخبر رواه أئمة الزيدية والرواية تعديل فى الأصح . وقد روى الخبر من غير ابن خالد . البحر الزخار ٣:٣٢٤ ، ٣٥١ لم يذكر المرتضى الرواية الأخرى، ولعله يريد رواية ابن أبي مريم عن مكحول، وقد رأيت ما قاله المحدثون فيها.

وأرى أن هذين الحديثين لايصلحان حجة فى الموضوع .

آراء الفقهاء فى بيع العين الغائبة

المانعون لبيع العين الغائبة :

اختلف الفقهاء فى جواز بيع العين الغائبة ، فقال فريق منهم : لا يجوز بيع العين الغائبة ، ولو وصفت وصفا تاما ، ولو تقدمت رؤيتها ، فلا بد عند هذا الفريق من مشاهدة العين المبيعة وقت العقد وإلا كان العقد باطلا ، وهذا قول الشافعى فى الجديد[1] ، وقد صححه أكثر فقهاء الشافعية ، وعليه فتوى الجمهور منهم بالنسبة للبيع بالصفة ، وقال النووى : يتعين هذا القول لأنه الآخر من نص الشافعى فهو ناسخ لما قبله[2] أما البيع على الرؤية المتقدمة ، فقد استقر المذهب على جوازه بالشروط التى نذكرها بعد إن شاء الله ، وإن كان أبو القاسم الأنماطى قال : لايجوز فى قول الشافعى الجديد بيع الغائب على الرؤية المتقدمة مطلقا[3] وفى مذهب الحنابلة رواية بعدم صحة البيع على الصفة، وعلى الرؤية المتقدمة أيضا[4] ، وكذلك فى مذهب الإباضية قول بعدم صحة بيع العين التى تمكن رؤيتها ، إلا إذا شوهدت ، وأحاط كل من البائع والمشترى علماً بها[5] ، وممن قال بعدم صحة بيع العين الغائبة :الحكم ، وحماد ، فلا يجوز عندهما بيع العين الغائبة ، حتى يراها كل من البائع والمشترى حال العقد[6]

---

(١) المهذب ١ : ٢٦٣

(٢) المجموع ٩: ٢٩٠ . قال ابن حزم : « وما نعلم للشافعى فى المنع من بيع الغائبات الموصوفات سلفا» . المحلى ٨ : ٣٤١

(٣) المهذب ١ : ٢٦٤

(٤) المغنى ٣ : ٥٨٣

(٥) شرح النيل ٤ : ١٤٣

(٦) المغنى ٣ : ٢٨٣ والمجموع ٩ : ٣٠١ . وانظر المحلى ٨ : ٣٣٨ و ٣٤١ فإن ابن حزم يرى أن الحكم وحماداً لم يمنعا من بيع الغائب ، وإنما منعا من بيع مالم يره المشترى يوم الشراء .

ويستدل المانعون لبيع العين الغائبة على رأيهم بما يأتى :

١ — حديث النهى عن بيع الغرر ؛ لأن فى بيع الغائب غررا ظاهرا ،فهو شبيه ببيع المعدوم الموصوف ، كحبل الحبلة وغيره[1] .

هذا الاستدلال يتضمن دعويين :

الأولى . إن فى بيع العين الغائبة غررا ظاهرا .

الثانية : إن بيع العين الغائبة شبيه ببيع المعدوم ، إلخ . . . .

وكلتا الدعويين غير مسلم بهما ،أما الدعوى الأولى فمقبولة بالنسبة لبيع العين الغائبة من غير صفة ، وعلى طريق الإلزام ، أما إذا بيعت العين الغائبة على الصفة المبينة لكل ماهو مقصود منها ، فإن الغرر ينتفى أو يقل إلى الدرجة التى لا يؤثر فى صحة البيع قطعا .

وقد وضح ابن رشد هذه النقطة توضيحا شافيا فى العبارات الآتية :

« وبيع السلعة الغائبة على الصفة خارج مما نهى عنه النبى صلى الله عليه وسلم من بيع الغرر فى مذهب مالك وجميع أصحابه . . . ؛ لأن الصفة تقوم مقام رؤية الموصوف ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تنعت المرأة للزوج حتى كأنه ينظر إليها ، فشبه رسول الله المبالغة فى الصفة بالنظر .

وقال تعالى : « ولما جاءهم كتاب من عند الله مصدق لما معهم . وكانوا من قبل يستفتحون على الذين كفروا ، فلما جاءهم ماعرفوا كفروا به فلعنة الله على الكافرين[2] » .

---

(١) المهذب ١ : ٢٦٢ . والمجموع ٩ : ٣٠١

(٢) البقرة : ٨٩

فلما قال تعالى :« فلما جاءهم ما عرفوا » وهم لم يعرفوا النبي صلى الله عليه وسلم قبل إلا بصفته التي وجدوها في التوراة ، دل ذلك على أن المعرفة بالصفة معرفة بعين الشيء الموصوف .

وفي حديث أبي هريرة « لاينظرون إليها ولا يخبرون عنها » دليل بين على أن الخبر عنها بمنزلة النظر إليها .

ثم إذا جاز أن يسلم الرجل في ثوب على صفته ، ولم يكن ذلك غررا جاز أن يبتاعه على الصفة ، ولا يكون ذلك غرراً إذ لافرق بين الموضعين»[1] .
وأما الدعوى الثانية فهي دعوى غريبة حقا ، إذ كيف يشبه بيع العين الغائبة الموجودة التي يمكن وصفها وصفا شاملا من أحد المتبايعين ومن غيره ببيع شيء معدوم لا يستطيع أحد أن يصف منه شيئا بل لا يدري أحد ، أيوجد أم لا يوجد كحبل الحبلة .

٢ — حديث « لاتبع ما ليس عندك »[2] .

وقد رد الكاساني الاستدلال بهذا الحديث، بأن الحديث محتمل لأكثر من معنى ، فهو يحتمل أن يكون المراد منه « بيع ما ليس بمملوك للبائع عن نفسه لا نيابة عن مالكه » ويحتمل أن يكون المراد منه « بيع شيء مباح على أن يستولي عليه فيملكه فيسلمه » ، ثم يقول الكاساني : وهذا يوافق ماروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: بيع السمك في الماء غرر[3] .
وقد بينت فيما تقدم أن هذا الحديث لا يتناول بيع الغائب ، وإنما ورد في بيع

---

(١) المقدمات ٢ : ٢٢٥ — ٢٢٦ وانظر أيضاً المحلى ٨ : ٣٤٠
(٢) المجموع ٩ : ٣٠١
(٣) البدائع ٥ : ١٦٣

ما ليس مملوكا للبائع إذا كان البيع على أن يسلم المبيع فى الحال[1] ، ثم إن الغائب ، كما يقول ابن حزم : « عند بائعه ، لا مما ليس عنده ، لأنه لا خلاف فى لغة العرب فى صدق القائل : عندى ضياع ، وعندى دور ، وعندى رقيق ، ومتاع غائب وحاضر إذا كان كل ذلك فى ملكه ، وإنما ما ليس عند المرء ما ليس فى ملكه فقط وإن كان فى يده »[2] .

٣ — القياس على بيع النوى فى التمر[3] .

وهذا قياس غير سليم بالنسبة لمن يشترط لصحة بيع الغائب الوصف ، أو الرؤية السابقة ، وذلك لأن النوى فى التمر وإن كان غائبا ، إلا أنه غائب لا يمكن وصفه ما دام فى تمره ، فانتفى شرط صحة بيع الغائب ، أما بالنسبة لمن يجوز بيع الغائب من غير صفة ، فالقياس سليم فى نظرى ، لأن النوى فى التمر غائب غير موصوف ، فالمنطق يقضى بالتسوية بينه وبين سائر الغائبات غير الموصوفة ، فإما أن يمنع بيع كل غائب غير موصوف ، وإما أن يجوز بيع النوى فى التمر ، ويكون للمشترى خيار الرؤية ، وتبرير الحنفية التفرقة بين الأمرين بأن النوى فى التمر منع بيعه ؛ لأنه بيع معدوم ، لا لأنه بيع غائب تبرير غير مقبول[4] .

٤ — الصفة لا تحصل بها معرفة المبيع ، والرؤية المتقدمة لا تكفى ؛ لأن معرفة المبيع شرط فى صحة العقد ، وهى لا تكون إلا بالرؤية ، وما كان شرطا

---

(١) انظر ص ٣١٨ — ٣٢٠

(٢) المحلى ٨ : ٣٤٠ — ٣٤١

(٣) المجموع ٩ : ٣٠١

(٤) وانظر ص ١٩٧ . والبدائع ٥ : ١٣٨ ـ ١٣٩

فى صحة العقد يجب أن يكون موجودا حال العقد ، كالشهادة فى النكاح ، إذاً فلا بد من وجود الرؤية عند العقد(١) .

وهذا الاستدلال ذو شقين :

الشق الأول : أن الصفة لا تحصل بها معرفة المبيع ؛ وهذا منقوض بما ذكرناه قبل من أن الصفة تقوم مقام الرؤية(٢) .

الشق الثانى : أن الرؤية يجب أن تكون عند العقد، كما وجب أن تكون الشهادة فى النكاح عند العقد. وتشبيه رؤية المبيع بالشهادة فى النكاح تشبيه غير سليم ؛ لأن الشهادة في النكاح الغرض منها إعلان النكاح وإثباته عند الإنكار ، فلهذا اشترطت فى العقد ، أما رؤية المبيع فالغرض منها معرفة المبيع وقد تحصل هذه المعرفة بالرؤية المتقدمة على العقد،على أن الشهادة فى النكاح لا يمكن أن تكون إلا عند العقد،ولا يتأتى أن تكون متقدمة عليه .

٥ — بيع الغائب نوع من المبيع فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع كالسلم(٣) .

المجوزون لبيع العين الغائبة :

قال جمهور الفقهاء : يجوز بيع العين الغائبة ، على خلاف بينهم فى التفاصيل نذكره بعد بيان أدلتهم فى القدر المشترك ، وهو الجواز فى الجملة .

---

(١) المغنى ٣ : ٥٨٣ . والمهذب ١ : ٢٦٤

(٢) انظر ص ٣٩٧

(٣) المهذب ١ : ٢٦٣ . هذا أحد الدليلين اللذين ذكرهما الشيرازى تأييدا لرأى الشافعى فى الجديد وهو إنما يصلح دليلا على عدم صحة بيع الغائب من غير صفة،والرأى الذى نستدل عليه هو عدم صحة بيع الغائب ولو وصف .

والقائلون بالجواز هم : الحنفية [١] ، والمالكية [٢] ، والشافعى فى القديم [٣] ، والحنابلة فى أظهر الروايات عندهم [٤] ، والظاهرية [٥] ، والشيعة الزيدية [٦] ، والشيعة الإمامية [٧] ، والإباضية على قول [٨] ، وممن قال بجواز بيع العين الغائبة ، عثمان ، وطلحة ، وجبير بن مطعم ، والحسن ، والشعبى ، وإبراهيم ، وابن شبرمة ، وإسحق ، والأوزاعى ، وابن أبى هريرة ، والاسفراييني ، ومكحول ، وسفيان الثورى ، وابن سيرين ، وأيوب ، والعنبرى ، وأبو ثور ، وابن المنذر [٩] .

أدلة الجمهور على صحة بيع العين الغائبة :

١ — قوله تعالى : « وأحل الله البيع » [١٠] وقوله تعالى : « يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم [١١] » ، فهذا نص عام تحل به جميع البيوع التى يتراضى عليها المتبايعان ، إلا بيعاً منعه

---

(١) ابن عابدين ٤ : ٨٧

(٢) بداية المجتهد ٢ : ١٥٥

(٣) المهذب ١ : ٢٦٣

(٤) المغنى ٣ : ٥٨٠

(٥) المحلى ٨ : ٣٣٧

(٦) الروض النضير ٣ : ٢٥٩

(٧) المختصر النافع ١٤٥

(٨) شرح النيل ٤ : ١٣٧

(٩) المغنى ٣ : ٥٨٢ ، والبحر الزخار ٣ : ٣٢٤ و ٣٥١ ، والمحلى ٨ : ٣٣٨ ، والسنن الكبرى للبيهقى ٥ : ٢٦٨

(١٠) البقرة ٢٧٥

(١١) النساء ٢٩

كتاب ، أو سنة ، أو إجماع ، وليس فى هذه ما يمنع بيع الغائب[١] ، وقد أجاب المانعون عن هذا الدليل بأن الآية مخصصة بحديث النهى عن بيع الغرر[٢] ، وهذا حق ، ولكن الجواب لا يتم إلا إذا ثبت أن فى بيع الغائب غرراً ، وهو ما لم يسلم به المجوزون[٣] .

٢ ـ حديث مكحول ، وحديث أبى هريرة ، والخيار لا يثبت إلا فى بيع مشروع[٤] ، ولم يأخذ المانعون بهذين الحديثين ، لضعفهما[٥] ، وإنى أوافقهم على ذلك .

٣ ـ مارواه ابن أبى مليكة ، أن عثمان رضى الله عنه ابتاع من طلحة بن عبيد الله أرضا بالمدينة نَاقَلَهُ[٦] بأرض له بالكوفة ، فلما تبايناندم عثمان ثم قال : بايعتك ما لم أره ، فقال طلحة : إنما النظر لى إنما ابتعت مغيبا ، وأما أنت فقد رأيت ما ابتعت ، فجعلا بينهما حكمًا ، فحكما جبير بن مطعم ، فقضى على عثمان أن البيع جائز ، وأن النظر لطلحة أنه ابتاع مغيباً[٧] .

وهذا اتفاق من هؤلاء الصحابة على صحة بيع الغائب.[٨].

---

(١) المجموع ٩ : ٣٠١ ، والمغنى ٣ : ٥٨٠ ، والمحلى ٨ : ٣٤١

(٢) المجموع ٩ : ٣٠١

(٣) انظر ص ٣٩٧

(٤) المجموع ٩ : ٣٠١ والمغنى ٣ : ٥٨٠

(٥) المجموع ٩ : ٣٠٢ وانظر ص ٣٩٥

(٦) ناقله أى بادله بها ونقل كل واحد ملكه إلى موضع الآخر المجموع ٩ : ٩٠ .

(٧) رواه البيهقى : السنن الكبرى للبيهقى ٥ : ٢٦٨ والمهذب ١ : ٢٦٣ ، وانظر الرواية التى فى فتح القدير ٥ : ١٤٠ ، فى هذا الخبر رجل مجهول ، مختلف فى الاحتجاج به ، ولكن مسلما روى له فى صحيحه . المجموع ٩ : ٢٨٩

(٨) المغنى ٣ : ٥٨٠

أجاب الشافعية عن هذا الدليل بأن الصحيح عندهم أن قول الصحابى ليس بحجة إلا أن ينتشر من غير مخالفة ، وهذا الخبر لم ينتشر فى الصحابة [١] .

وأرى أن مثل هذه القضية الظاهر فيها أن تنتشر ، كما يرى الحنفية [٢] .

٤ ـ القياس على النكاح ؛ لأن كلا منهما عقد معاوضة ، فكما لا تفتقر صحة النكاح إلى رؤية المعقود عليه بالإجماع ، لا تفتقر أيضاً صحة البيع إليها [٣] .

رد المانعون هذا القياس بأنه قياس غير سليم ؛ لأن النكاح لا يقصد منه المعاوضة ، ولا يفسد بفساد العوض ، ولا بترك ذكره ، ولا يدخله شيء من الخيارات ؛ ولأن المعقود عليه فى النكاح استباحة الاستمتاع ، ورؤيتها غير ممكنة ، ثم إن الحاجة تدعو إلى ترك اشتراط رؤية الزوجين ؛ لأن فى اشتراطها مشقة على المخدرات وإضرارا بهن [٤] .

٥ ـ القياس على بيع الرمان ، والجوز ، واللوز فى قشره الأسفل : [٥]

رد المانعون هذا القياس بأن هذه الأشياء يقوم ظاهرها مقام باطنها فى الرؤية ، وأن فى استتار باطنها مصلحة لها بخلاف الغائب [٦] .

---

(١) المجموع ٩ : ٣٠٢

(٢) فتح القدير ٥ : ١٤٠ ـ ١٤١ وانظر المدخل للفقه الإسلامى للاستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ٦٦٥ هامش

(٣) المجموع ٩ : ٣٠١ ، والمغنى ٣ : ٥٨٠

(٤) المغنى ٣ : ٥٨١ ، والمجموع ٩ : ٣٠٢

(٥) المجموع ٩ : ٣٠١

(٦) المجموع ٩ : ٣٠٢ وانظر ص ١٩٥ وما بعدها .

٦ ـ القياس على ما لو رأى المبيع قبل العقد[١] :

رد هذا القياس بأن المبيع إذا رؤى قبل العقد يكون معلوما للمشترى حال العقد ، بخلاف بيع الغائب الذى لم ير[٢].

وهذا الرد مقبول إذا لم يشترط الوصف فى بيع العين الغائبة،أما مع اشتراط الوصف فالقياس سليم ؛ لأن المبيع الموصوف يكون معلوماً للمشترى حال العقد ، كالمبيع الذى تقدمت رؤيته .

آراء المجوزين لبيع العين الغائبة

قلنا إن جمهور الفقهاء متفقون فى الجملة على صحة بيع العين الغائبة ، وذكرنا أدلتهم ، ولكنهم مختلفون فى بعض التفاصيل ، وسنذكر هنا عيون المسائل التى اختلفوا فيها ، محاولين حصر الموضوع فى النقاط الخمس الآتية :

١ ـ بيع العين الغائبة بالصفة .

٢ ـ بيع العين الغائبة على الرؤية المتقدمة .

٣ ـ بيع العين الغائبة من غير صفة ، ولا رؤية متقدمة .

٤ ـ بيع الإنسان ما غاب عنه .

٥ ـ البيع برؤية بعض المبيع.

بيع العين الغائبة بالصفة :

لم يختلف الجمهور فى جواز بيع العين الغائبة بالصفة ؛ لأن هذه هى الطريقة

---

(١) المجموع ٩ : ٣٠١ هذه الحجة تتوجه إلى من يصحح بيع الغائب على الرؤية المتقدمة.

(٢) المجموع ٩ : ٣٠٢

المتعارف عليها بين الناس فى بيع الغائب ، وإنما اختلفوا فى الشروط التى يجب أن تتوافر لصحة البيع ، وأكثر الفقهاء اشتراطا فى هذا الموضوع المالكية ، ولهذا سنجعل مذهبهم الأساس فى بيان هذه الشروط . كما اختلفوا فى ثبوت الخيار بالنسبة لمن اشترى عينا غائبة على الصفة ، وسنتكلم عن هذين الموضوعين :

شروط صحة بيع العين الغائبة على الصفة :

يجوز بيع العين الغائبة على الصفة بالشروط الآتية :

الشرط الأول : ألا تكون العين بعيدة جداً ، والبعد الذى يمنع صحة البيع هو أن يكون المبيع على مسافة يظن فيها تغيره قبل قبضه ، ومثل له الشيخ خليل بخراسان من أفريقيا ، ومثل له ابن جزى بالأندلس وأفريقيا[١] . وهذا الشرط خاص بالمبيع الذى يحتمل تغيره ، أما ما لا يتغير كالأرض فلا يشترط فيه هذا الشرط[٢] ، وهو خاص أيضاً بحالة البيع على اللزوم ، أما إذا كان البيع على الخيار فيجوز ، ولو كانت العين بعيدة جداً على ما عند ابن عبد السلام[٣] .

---

(١) هذا فى زمنهم ، أما فى زماننا هذا ، فالعبرة بمعيار التغير ، ولا يلتفت للتحديد بالبلدان.

(٢) يقول ابن رشد : إن جواز بيع العين الغائبة المأمونة التغير على الصفة قول أكثر أهل المدينة ، بداية المجتهد ٢ : ١٥٥

(٣) القوانين الفقهية ٢٤٧ ، والدسوقى على الشرح الكبير للدردير ٣ : ٢٤ والمقدمات الممهدات ٢ : ٢٢٧ ، وبداية المجتهد ٢ : ١٥٦ ، ولكن الذى يفهم من عبارة ابن رشد فى بداية المجتهد أنه لا فرق بين البيع على اللزوم ، والبيع على الخيار ، وإنما المدار على كون المبيع مأمون التغير أولا ، وهذا نص عبارته : « ويدخل البيع على الصفة أو على خيار الرؤية من جهة ما هو غائب غرر آخر ، وهو هل هو موجود وقت العقد أو معدوم؟ ولذلك اشترطوا فيه أن يكون قريب الغيبة إلا أن يكون مأموناً كالعقار ».

الشرط الثاني : ألا تكون قريبة جداً .

ما المراد بالقرب المانع من صحة بيع العين الغائبة ؟ العين الغائبة إما أن تكون فى مجلس العقد ، أولا ، والتى فى غير مجلس العقد ، إما أن تكون فى البلد الذى حصل فيه العقد ، أو فى بلد آخر ، والتى فى بلد آخر ، إما أن يكون هذا البلد بعيداً جداً عن بلد العقد ، أولا .

١ ـ فأما العين الغائبة التى فى مجلس العقد فلا يجوز بيعها على الصفة ، ولا بد من رؤيتها ، إلا إذا كان فى رؤيتها ضرر أو مشقة على الأشهر ، كأن يكون المبيع متاعاً كثيرا مشدوداً فى أعداله ، فيجوز بيعه على البرنامج[1] ؛ لأن فتحه كله ونشره مما يضر بصاحبه ويشق عليه ، وأما الثوب الواحد والثياب اليسيرة فلا يجوز بيعها على الصفة إذا كانت حاضرة فى مجلس العقد .

وقد أجاز أشهب بيع الساج المدرج فى جرابه على الصفة . وذلك فى الثوب الرفيع الذى يغيره ترداد نشره على السوام وتقليبهم إياه . وأما الثوب الذى ليس على هذه الصفة فلا ينبغى أن يختلف فيه[2] ، قال ابن رشد : «ولا خلاف عند مالك أن الصفة إنما تنوب عن المعاينة ، لمكان غيبة المبيع ، أو لمكان المشقة التى فى نشره وما يخاف أن يلحقه من الفساد بتكرار النشر عليه ؛ ولهذا أجاز البيع على البرنامج على الصفة ، ولم يجز عنده بيع الساج فى جرابه ، ولا الثوب المطوى فى طيه حتى ينشر أو ينظر إلى ما فى جرابها[3]» .

---

(١) البرنامج هو الدفتر المكتوب فيه أوصاف ما فى العدل من الثياب ـ الدسوقى ٣ : ٢٤

(٢) المقدمات الممهدات ٢ : ٢٧٢ . والقوانين الفقهية ٢٤٧ ، والدسوقى على الشرح الكبير ، ٣ : ٢٣ والحطاب ٤ : ٢٩٨

(٣) بداية المجتهد ٢ : ١٥٢ وانظر ما تقدم فى بيع الملامسة ص ١٢٣ . والساج نوع من الثياب

٢ ـ وأما العين التى ليست فى مجلس العقد ولكنها فى البلد ، فقيل : هى كالحاضرة فى مجلس العقد إذ لا تتعذر رؤيتها ، وقيل : إن بيعها على الصفة جائز ، ولو كانت فى البلد ، ولو لم يكن فى إحضارها مشقة ، لأنها إذا لم تكن حاضرة فى موضع العقد فلم يقصد إلى الغرر بشرائها على الصفة، وأشبهت الغائبة عن البلد[١] . وقال الدسوقى : إن هذا القول هو المعتمد[٢] .

والذى يؤخذ من عبارة خليل فى مختصره أن ما كان غائبا على مسافة يوم ذهابا ، يجوز بيعه على الصفة ، سواء أكان فى البلد أم لا ، وما كان على أقل من يوم لا يجوز بيعه على الصفة ، ولو كان فى البلد، فالمقياس عنده هو كون المبيع على مسافة يوم ، ولا عبرة لكونه بالبلد أو ليس بالبلد[٣] .

٣ ـ وأما العين الغائبة التى فى بلد آخر ، فإن كان ذلك البلد بعيداً جداً عن موضع العقد ، فقد تقدم الكلام عنه فى الشرط الأول ، وإن لم يكن البلد بعيداً جداً، فلا خلاف فى جواز بيعها على الصفة ؛ لأن الضرورة تدعو لذلك ؛ والذى يفهم من عبارة خليل أنها لا بد أن تكون على مسافة يوم ذهابا ، فإن كانت المسافة أقل من يوم، فلا يجوز بيعها على الصفة ؛ لأن هذا يعتبر من القرب المانع من صحة البيع على الصفة ؛ لأن ما دون اليوم تمكن رؤيته بلا مشقة ، والعدول عن الرؤية إلى الوصف غرر ومخاطرة ، فلا يصار إليه إلا لضرورة ، ولا ضرورة هنا ، وقد عرفت أن المعتمد فى المذهب أن العين

---

(١) المقدمات الممهدات ٢ : ٢٢٧ .

(٢) الدسوقى على الشرح الكبير ٣ : ٢٣و٢٤ .

(٣) المصدر السابق.

إذا لم تكن حاضرة فى مجلس العقد يجوز بيعها على الصفة ، وإن لم يكن فى إحضارها مشقة[١] .

الشرط الثالث : أن يصف العين غير البائع ، هذا الشرط غير متفق عليه عند المالكية ؛ ففى الموازية والعتبية لا يجوز أن يباع الشىء بوصف بائعه ؛ لأنه لا يوثق بوصفه ، إذ قد يقصد الزيادة فى الصفة لإنفاق سلعته ، والذى ارتضاه ابن رشد ، واللخمى جواز البيع بوصف البائع ، فكون الوصف من غير البائع ليس شرطاً عندهما فى صحة البيع ، وإنما هو شرط فى جواز النقد فقط كما سنرى فى الكلام عن الشرط الخامس[٢] .

وقد تعرض ابن حزم لهذه المسألة فقال ما خلاصته : إن الوصف يصح أن يكون من أحد المتبايعين للآخر ، كما يصح أن يكون من أجنبى ، غير أنه إن كان من أحد المتبايعين صح البيع ، سواء صدقه الآخرِ أو لم يصدقه ، أما إذا كان الوصف من أجنبى ، فلابد أن يكون ذلك الأجنبى ممن يصدقه الموصوف له ، أما إن كان ممن لا يصدقه الموصوف له فالبيع باطل ؛ لأن البيع لم يقع على صفة أصلا فيكون عقدا على مجهول من أحدهما ، أو من كليهما ، وهذا بخلاف ما لو وصفه من صدقه الموصوف له ؛ لأن التصديق يوجب العلم ، وإنما صح البيع مع وصف أحد المتبايعين ، سواء صدقه الآخر أولم يصدقه ؛ لأن البيع يقع على تلك الصفة ، وبها يحصل التراضى ، فإن وجد المبيع ، كما وصفه صح البيع ، وإلا بطل[٣] .

وفى مذهب الإباضية قولان : قول لا يجوز البيع بوصف البائع ، وعللوه

---

(١) المقدمات ٢ : ٢٢٧ والدسوقى على الشرح الكبير ٣ : ٢٣و٢٤

(٢) القوانين الفقهية ٢٤٧ والدسوقى على الشرح الكبير ٣ : ٢٣

(٣) المحلى ٨ : ٣٤٣ — ٣٤٤

بما علله به المالكية ، وقول يجوزه بشرط أن يصدقه المشترى عكس مايراه الظاهرية[1]

الشرط الرابع : أن تحصر العين بالأوصاف المقصودة كلها ، أى : أن توصف العين صفة مستوعبة لكل معانيها التى تختلف الأغراض باختلافها ، وتتفاوت الأثمان بوجودها وعدمه ، ولا يكفى ، كما يقول القاضى أبو محمد : ذكر الجنس ، والعين[2] فقط ، لأن بيع الملامسة لا يعرى من رؤية العين ومعرفة الجنس ومع ذلك لايجوز .[3]

وللشافعية على القول بجواز بيع الغائب ثلاثة آراء فى هذا الشرط :

أحدها : كرأى المالكية فى الاكتفاء بذكر الصفات المقصودة .

والثانى : يشترط ذكر جميع صفات المبيع كالمسلم فيه .

والثالث : لايشترط ذكر شيء من الصفات مطلقاً . ولابد من العلم بالجنس والنوع فى جميع الحالات ، وإلا كان البيع باطلا باتفاق .[4]

والحنابلة يشترطون ، كالمالكية ، ذكر الصفات الظاهرة التى يختلف بها الثمن ظاهرا على مافى ظاهر المذهب .[5]

---

(١) شرح النيل ٤ : ١٣٧

(٢) هكذا فى النسخة التى بيدى ، ولعل الصواب «النوع»

(٣) القوانين الفقهية ٢٤٧ ، والمنتقى ٤ : ٢٨٦ ، وانظر الفروق ٣ : ٢٤٧ ، الفرق السابع والثمانون بعد المائة بين قاعدة مايجوز بيعه على الصفة ، وقاعدة ما لايجوز بيعه على الصفة .

(٤) المهذب ١ : ٢٦٣

(٥) المغنى ٣ : ٥٨٢

الشرط الخامس : ألا ينقد الثمن بناء على شرط ، أى : ألا يشترط البائع على المشترى دفع الثمن عند العقد ، ويدفعه المشترى له بناء على ذلك الشرط ، أما إذا دفع له الثمن تطوعا من غير شرط فيجوز ، وهذا الشرط خاص بالعين غير المأمونة التغير البعيدة الغيبة ، وأما العين المأمونة التى لا يسرع إليها التغير كالعقار ، فلا يشترط فيها هذا الشرط ، بعيدة كانت أو قريبة، وكذلك العين القريبة[1] لا يمنع اشتراط النقد فيها ، عقاراً كانت ، أو منقولا على ما فى المدونة[2] . هذا إذا وصف السلعة غير البائع ، أما لو وصفها البائع فيمنع النقد، سواء أكان تطوعا أم بشرط ، عقارا كان المبيع أو منقولاً ، وقد نازع البنانى فى كون وصف البائع يمنع من جواز النقد تطوعاً[3] ، وهو رأى وجيه ، متفق مع علة منع النقد التى سنذكرها بعد هذا .

علة منع النقد :

وإنما منع النقد فى العين البعيدة الغيبة التى لا يؤمن تغيرها ؛ لتردد النقد حينئذ بين السلفية ، والثمنية ؛ لأنه إن سلمت العين إلى الأجل وكانت على

---

(١) القربُ عند أشهب وابن القاسم ما كان على مسيرة يومين ، وقد اختلفت الروايات فيه عن مالك ، فروى عنه ابن المواز أنه ما كان على مسيرة يوم ، كما روى عنه أنه ما كان على البريدين ، وروى عنه ابن القاسم أن البريدين خاصة بالحيوان ، وروى عنه ابن وهب أنه قال : « لا ينقد فى الطعام يكون على نصف يوم حتى يقرب جداً » . وهذا يدل على أن المعيار فى القرب والبعد احتمال التغير وعدمه ، وهو يختلف باختلاف العين ، ولذا ينبغى أن يكون هو المعيار لا المسافة .

(٢) الرواية الأخرى تمنع النقد فى العين القريبة إذا لم تكن عقارا ، وهى مافى الموطأ ، ورواية المدونة هى المتفقة مع علة المنع التى سنذكرها .

(٣) القوانين الفقهية ٢٤٧ ، والدسوقى على الشرح الكبير ٣ : ٢٣ — ٢٥ ، والمنتقى ٥ : ٢٢ — ٢٤ ، والمقدمات الممهدات ٢ : ٢٣

الصفة كان بيعاً ، وإن لم تسلم ، أو لم تكن على الصفة رد المشترى رأس المال فكان سلفاً ، فلما اجتمع فيه هذان الوجهان من الغرر لم يجز منعاً للذرائع ، ولهذا لم يمنع النقد إذا كانت العين قريبة الغيبة ، أو كانت بعيدة ، ولكنها مأمونة التلف كالعقار ووصفها غير البائع ؛ لأن السلامة فيها هى الغالبة ، فذهب الغرر من جهة خوف التلف ، وبقى الغرر فيها من جهة واحدة ، وهى المخافة من مخالفة الصفة[1] ؛ وعلة منع النقد مطلقا إذا وصف السلعة بائعها هى أن البائع قد يزيد فى الصفة لينتفع بالثمن إلى وقت رؤية المشترى لها ، قال الباجى : « ولما كان هذا الشراء معتادا ، وكثر فيه الغرر منع من البيع بشرط النقد[2] » .

وجوز الظاهرية النقد مطلقا ، وقال ابن حزم ، إنه لا يعلم هذا القول عن أحد قبل مالك ، ورده رداً عنيفاً[3] .

الخيار فى بيع الغائب على الصفة :

للفقهاء ثلاثة آراء فى حكم العقد بالنسبة لمن اشترى عيناً غائبة على الصفة .

الرأى الأول : البيع غير لازم بالنسبة للمشترى ، فله فسخ البيع ، أو إمضاؤه عند الرؤية ، أى يثبت له خيار الرؤية ، سواء وجد المبيع على ما وصف له أو وجده مختلفاً عن الوصف ، وهذا هو مذهب الحنفية[4] ، والشافعية فى وجه[5] ، والإباضية فى قول[6]

(١) الشرح الكبير ٣ : ٢٤ ، والمنتقى ٤ : ٢٨٧

(٢) المنتقى ٥ : ٢٤

(٣) المحلى ٨ : ٣٣٧ ، ٣٣٩

(٤) البدائع ٥ : ٢٩٢

(٥) المهذب ١ : ٢٦٣

(٦) شرح النيل ٤ : ١٣٧

وهو قول الثورى[١] ، وإبراهيم ، والحسن ، والشعبى ، وروى أيضا عن مكحول[٢] ،وحجة هذا الرأى أن عدم الرؤية يمنع تمام الصفقة كما يرى الحنفية[٣] وأن هذا البيع يعرف ببيع خيار الرؤية ، فلا يجوز أن يخلو من الخيار ، كما يقول الشافعية[٤] ، وأن الخبر ليس كالعيان ، كما يعلل الإباضية[٥] . وذكر ابن حزم : أن أنصار هذا الرأى يحتجون بما روى عن الحسن البصرى : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من اشترى بيعا فهو بالخيار حتى ينظر إليه ، ثم قال: وهذا مرسل ولا حجة فى مرسل ، ولو صح ما كانت لهم فيه حجة ، لأنه ليس فيه أن له الخيار إذا وجد كما وصف له[٦] .

الرأى الثانى : البيع لازم للمشترى إذا وجد المبيع على الصفة ، أما إذا وجده على غير ما وصف له ، فله الخيار فى إمضاء البيع ، أو فسخه . وهذا هو مذهب المالكية[٧] ، والشافعية فى وجه[٨]

---

(١) المغنى ٣ : ٥٨٢ والمحلى ٨ : ٣٣٨

(٢) المحلى ٨ : ٣٣٨و٣٤١

(٣) البدائع ٥ : ٢٩٢

(٤) المهذب ١ : ٢٦٣

(٥) شرح النيل ٤ : ١٣٧

(٦) المحلى ٨ : ٣٤١

(٧) المنتقى ٤ : ٢٨٧ والقوانين الفقهية ٢٤٧ . جاء فى الموطأ ٥ : ٦٤ : « قال مالك فى الرجل يقدم له أصناف من البز ، ويحضره السوام ، ويقرأ عليهم برنامجه ويقول: فى كل عدل كذا وكذا ملحفة بصرية، وكذا، وكذا ربطة سابرية ذرعها كذا وكذا، ويسمى لهم أصنافا من البز بأجناسه ويقول: اشتروا منى على هذه الصفة، فيشترون الأعدال على ما وصف لهم، ثم يفتحونها فيستغلونها، ويندمون، قال مالك: ذلك لازم لهم إذا كان موافقا للبرنامج الذى باعهم عليه، قال مالك: وهذا الأمر الذى لم يزل عليه الناس عندنا يجيزونه بينهم إذا كان المتاع موافقا للبرنامج، ولم يكن مخالفا له.»

وينبغى أن يلاحظ أن هذا فيما إذا لم يشترط المشترى خيار الرؤية ، أما إذا اشترط فلا يكون البيع لازماً له ، ولو وجد المبيع على الصفة .

(٨) المهذب ١ : ٢٦٣

والحنابلة[١] ، والشيعة الإمامية[٢] ، والإباضية فى قول[٣] ، وهو قول محمد ابن سيرين ، وأيوب[٤] ، والعنبرى ، وإسحق ، وأبى ثور ، وابن المنذر ،[٥] وحجةهذا الرأى أنه لاوجه لثبوت خيار الرؤية ، إذا وجد المشترى المبيع على الصفة التى ذكرت له ، لأن المعقود عليه سلم له بصفاته ، أما إذا وجده على غير الصفة ، بأن وجده ناقصاً فله الرد ، لأنه ما التزم العقد فيه إلا على الصفة التى ذكرت له ، فلا يلزمه كما فى السلم[٦] .

الرأى الثالث : البيع لازم إن وجد المشترى المبيع على الصفة ، أما إن وجده بخلاف الصفة فالبيع باطل ، فإذا رغب المشترى فى السلعة ، فلابد من إنشاء عقد جديد ، فليس للمشترى خيار على هذا الرأى . وهـذا هو مذهب الظاهرية ، وحجته فى بطلان البيع إذا وجدت السلعة على غير الصفةالتى تراضيا عليها هى أن المشترى لم يشتر تلك السلعة ، فلا تكون له بحـال ، ولا يصح إلزام البائع بإحضار سلعة على الصفة المتفق عليها ، لأنه باع عيناً معينة ،لا صفة مضمونة .[٧]

---

(١) المغنى ٣ : ٥٨٢ ويسميه الحنابلة خيار الخلف فى الصفة .

(٢) المختصر النافع ١٤٦

(٣) شرح النيل ٤ : ١٣٧ وفى المذهب قول ثالث يثبت الخيار لكل من المتبايعين ، إذا علم المبيع أحدهما ووصف للآخر .

(٤) المغنى ٣ : ٥٨٢ ، والمحلى ٨ : ٣٣٨ ، وفيه قال أيوب : « ولا أعلم رجلا اشترى بيما لم يره ، فوصفه له البائع ، فوجده على ما وصفه فرده عليه إلا هو من الظالمين » .

(٥) المغنى ٣ : ٥٨٢ .

(٦) المنتقى ٤ : ٢٨٧ . المهذب ١ : ٢٦٢

(٧) المحلى ٨ :٣٤١–٣٤٢

بيع العين الغائبة على الرؤية المتقدمة

وإذا جاز عند الجمهور بيع العين الغائبة على وصف البائع أو غيره للمشترى السلعة المبيعة ، فإنه يجوز بيعها على رؤية المشترى لها قبل وقت العقد من باب أولى ؛ لأن رؤية المشترى المتقدمة على العقد أنفى للغرر من وصف السلعة له ، ويشترط لصحة البيع على الرؤية المتقدمة الشروط الآتية :

الشرط الأول : ألا تتغير العين بعد الرؤية ، أى أن يعلم أو يظن أنه لم يحصل فى العين تغير بين الرؤية والعقد ، أو بعبارة أخرى ،ألا يكون بين الرؤية والعقد أمد بعيد ، فإن كان بينهما أمد بعيد فلا يجوز ، إلا أن يقول البائع للمشترى: إن العين باقية على الصفة التى رأيتها عليها[1] . ويشترط الشافعية هذا الشرط كالمالكية ،فقد نصوا على أنه إذا كان المبيع مما يتغير فى المدة التى بين العقد والرؤية غالبا فالبيع باطل؛ لأنه بيع مجهول،أما إذا كان المبيع مما لا يتغير كالعقار ، أو كان مما لا يتغير فى المدة الفاصلة بين العقد والرؤية السابقة ، فالبيع صحيح باتفاق، وإذا كان المبيع مما يحتمل بقاؤه على حاله ، ويحتمل تغيره،فالبيع جائز على الأصح[2] ؛ والحنابلة كالشافعية غير أنه لا خلاف عندهم فى صحة بيع ما يحتمل تغيره وعدمه ،[3] ومثلهم الشيعة الإمامية[4] ، والإباضية فى القول المختار[5] .

---

(١) الدسوقى على الشرح الكبير ٣ : ٢٤ ، والمنتقى ٤ : ١٨٧ ، ٥: ٢٣

(٢) المهذب ١ : ٢٦٤ ، والمجموع ٩ : ٢٩٦ — ٢٩٧

(٣) المغنى ٣ : ٥٨٣ ـ ٥٨٤ وقال ابن قدامة : إن صحة بيع العين الغائبة على الرؤية السابقة بزمن لا تتغير فيه العين هو قول أكثر العلم .

(٤) الروضة البهية ٢٨٦

(٥) شرح النيل ٤ : ١٣٩

الشرط الثانى : ألا تكون العين بعيدة جداً على نحو ما تقدم فيما بيع على الصفة ،[1] ولا يشترط هنا عدم القرب جدا ، كما اشترط فى البيع على الصفة ، فيجوز بيع العين الغائبة على الرؤية المتقدمة ، ولو كانت فى مجلس العقد ، سواء أكانت فى رؤيتها مشقة أم لا ،[2] . وقد تقدم أن العين الغائبة إذا كانت فى مجلس العقد لا يجوز بيعها على الصفة ، إلا إذا كانت فى رؤيتها مشقة أو ضرر.

الشرط الثالث : ألا ينقد الثمن بشرط على نحو ما تقدم فى بيع العين الغائبة على الصفة .

الخيار فى بيع الغائب على الرؤية السابقة

إذا اشترى إنسان عيناً غائبة بناء على رؤية سابقة ، فإن وجدها على مارآها عليه فالبيع لازم ، وإن وجدها قد تغيرت فله الخيار فى إمضاء البيع أو فسخه ، وهذا قول عامة الفقهاء[3] ، غير أن مقتضى مذهب الظاهرية أن يبطل البيع إذا لم يجد المشترى المبيع على حاله[4] .

---

(١) الدسوقى على الشرح الكبير ٣ : ٢٢ ، ٢٤

(٢) المصدر السابق

(٣) فتح القدير ٥ :١٤٩ ، والمنتقى ٤ :٢٨٧، والمهذب ١ :٢٦٤ ، ونقل النووى عن الغزالى أن المبيع إذا كان مما لا يتغير غالبا فوجده المشترى على خلاف مارآه فالبيع باطل. قال النووى: والصواب أن للمشترى الخيار . المجموع ٩ : ٢٩٦ ، والمغنى ٣ : ٥٨٤ ، والروضة البهية ٢٨٦ وشرح النيل ٤ : ١٣٩ ، وفى مذهب الإباضية قول بأنه كلما ثبت الرد لأحد المتبايعين ثبت للآخر .

(٤) انظر ص ٤١٣ ويلاحظ أن الشافعية والحنابلة والإمامية ، والإباضية فى قول يقيدون التغير الذى يثبت الخيار للمشترى بالنقصان ، وينص الإمامية على أن النقصان اليسير الذى يتسامح بمثله عادة لا يثبت به الخيار ، وفى مذهب الإباضية خلاف فى تأثير التغير اليسير وعدم تأثيره .

بيع العين الغائبة من غير صفة ولا رؤية متقدمة

اختلف جمهور الفقهاء فى صحة بيع العين الغائبة من غير صفة ولا رؤية متقدمة ، فجوزه بعض الحنفية[1] ، وجوزه المالكية على المشهور فى المذهب بشرطين :

الأول : أن يشترط المشترى خيار الرؤية لنفسه .

الثانى : ألا يدفع المشترى الثمن للبائع قبل رؤية المبيع وقبوله ، لا بشرط ، ولا تطوعاً .

فإذا تحقق هذان الشرطان صح البيع من غير صفة ولا رؤية متقدمة على أية حالة كانت العين المبيعة : بعيدة أو قريبة ، خشى تغيرها أو لا ، فى رؤيتها مشقة أو لا .

أما إذا لم يشترط المشترى خيار الرؤية بأن تم البيع على الإلزام ، أوسكت

---

(١) الخلاف بين الحنفية فى صحة بيع الغائب من غير صفة يرجع إلى خلافهم فى هل ذكر صفة المبيع شرط فى صحة البيع أم لا ، وقد بينا ذلك فى الكلام عن الجهل بصفة المبيع انظر ص ١٧٢ـ١٧٥ .

وممن قال من الحنفية بصحة بيع العين الغائبة من غير صفة الكاسانى ، ونسبه إلى علماء الحنفية وهذه عبارته : « وأما العلم بأوصاف المبيع والثمن فهل هو شرط لصحة البيع بعد العلم بالذات ؟ والجهل بها هل هو مانع من الصحة ؟ قال أصحابنا : ليس بشرط الصحة ، والجهل بها ليس بمانع من الصحة لكنه شرط اللزوم فيصح بيع ما لم يره المشترى ، لكنه لا يلزم . البدائع ٥ : ١٦٣ ، وقد حمل صاحب البحر قول الكاسانى على المحل المشار إليه أو إلى مكانه . البحر الرائق ٥ : ٢٧٦ ، وحتى لو قبلنا هذا المحمل فإنا سنجد أنفسنا أمام بيع الغائب من غير صفة ، لأن المبيع المشار إلى مكانه يدخل فى بيع الغائب ، وقد استدل الكاسانى لرأيه بأدلة سنذكرها فى الأصل ، وممن جوز البيع من غير صفة الحصكفى ، والشرنبلالى ، وقد ذكرنا رأيهما فى الجهل بصفة المحل انظر ص ١٧٤ـ١٧٥

المتبايعان عن شرط الخيار فالبيع فاسد ، وكذلك إذا دفع المشترى الثمن للبائع[١] ، كما جوزه الشافعية فى وجه[٢] ، والحنابلة فى رواية[٣] ، وهو مذهب الزيدية[٤] ، ومنع بيع العين الغائبة من غير صفة ولا رؤية متقدمة بعض فقهاء الحنفية[٥] ، ومنعه المالكية ، ولو مع شرط خيار الرؤية فى غير المشهور[٦] ، والشافعية فى وجه[٧] ، والحنابلة فى أظهر الروايات عندهم[٨] ، وهو مذهب الظاهرية[٩] ، والإمامية[١٠] ، وهو قول الشعبى ، والحسن ، والنخعى ، والأوزاعى ،

---

(١) الدسوق على الشرح الكبير ٣ : ٢٣-٢٤ والحطاب ٤ : ٢٩٤

(٢) المهذب ١ : ٢٦٣ وهذا أحد وجهين ، على القول بصحة بيع الغائب

(٣) المغنى ٣ : ٥٨٠ وهذه إحدى الروايات الثلاث عند الحنابلة .

(٤) البحر الزخار ٣ : ٣٢٤ و ٣٥١ ، وجوز الإمام يحيى ، والقاسمية البيع من غير ذكر جنس المبيع ونوعه ، ويثبت للمشترى خيار الرؤية .

(٥) منهم الزاهدى ، وصاحب النهاية ، وصاحب الاختيار ، وابن ملك ، وابن عابدين . وقد ذكرنا أقوالهم عند الكلام عن الجهل بصفه المحل . انظر ص ١٧٢ — ١٧٤

(٦) يبدو أن ابن رشد الجد ، وابن رشد الحفيد يرجحان هذا الرأى ، فقد جاء فى المقدمات الممهدات : « وقد قيل إن البيع فى العروض المغيبات لا يجوز إلا برؤية أو بصفة ، وفى كتاب الغرر دليل على هذا القول وهو الصحيح الذى يحمله القياس ٢ : ٢٣٠ » وجاء فى بداية المجتهد ٢ : ١٥٥ — ١٥٦ « وقد قيل فى المذهب : يجوز بيع الغائب من غير صفة على شرط الخيار خيار الرؤية ، وقع ذلك فى المدونة وأنكره عبد الوهاب وقال : هو مخالف لأصولنا » . وفى حاشيه الدسوق أن القول بعدم جواز بيع الغائب بلا صفة ولو كان على الخيار هو قول بعض كبراء أصحاب الإمام ٣ : ٢٣ .

(٧) المهذب ١ : ٢٦٣ وهذا هو الوجه الثانى على القول بصحة بيع الغائب

(٨) المغنى ٣ : ٥٨٠

(٩) المحلى ٨ : ٣٤٢

(١٠) الروضة البهية ٣٢٥

وإسحق [١] وابن أبي هريرة ، والإسفراييني [٢] .

ادلة من يجوز بيع الغائب من غير صفة ولا رؤية سابقة :

١ - آية « وأحل الله البيع » فهى عامة تشمل البيع بالصفة وبغيرها [٣]

٢ - حديث « من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه » فإنه عام أيضا فيما بيع على الصفة ، وعلى غير صفة ، ولا خيار شرعاً إلا فى بيع مشروع [٤] .

٣ - خبر عثمان ، وطلحة [٥]

٤ - القياس على عقد النكاح ، فإنه يصح من غير رؤية المعقود عليه ولا صفته . [٦]

٥ - وجود التصرف حقيقة يكون بوجود ركنه ، ووجوده شرعاً بصدوره من أهله فى محله ، وهذا متحقق فى البيع من غير وصف ؛ لأن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محل هو خالص ملكه ، فيصح ، كشراء المرئى [٧] .

---

(١) المغنى ٣ : ٥٨٠

(٢) البحر الزخار ٣ : ٣٥١

(٣) البدائع ٥ : ١٦٣ والمغنى ٣: ٥٨٠

(٤) البدائع ٥ : ١٦٣ ، والبحر الزخار ٣ : ٣٢٤

(٥) المغنى ٣: ٥٨٠ وانظر ص ١٥٧ وص ٤٠٢

(٦) المغنى ٣: ٥٨٠ وانظر ص ٤٠٣

(٧) البدائع ٥: ١٦٣

٦ — ويستدل المالكية لصحة البيع من غير صفة ولا رؤية سابقة إذا شرط خيار الرؤية ، بأن اشتراط الخيار للمشترى يجعل الغرر الذى فى البيع من غير صفة غير مؤثر ؛ لأنه ينقل البيع من عقد تقصد به المغابنة والمكايسة إلى عقد تقصد به المكارمة ، وعقود المكارمة تصح مع الجهل بالصفة ، بل ومع الجهل بالجنس أيضاً ، كما يقول الباجى ، وهذا نص عبارته : « ووجه ذلك أن المعاوضة إذا كانت على وجه المغابنة والمكايسة لا تصح فيما جهلت صفته وجنسه ، أما إذا كانت على وجه المكارمة فتصح ولو لم يذكر الجنس والصفة ، فإذا شرط الخيار فى بيع العين الغائبة فقد صرح بالمكارمة ، وسلمت جنبة المبتاع من الغرر »[1]

أدلة من يمنع بيع الغائب من غير صفة ولا رؤية سابقة :

١ — حديث النهى عن بيع الغرر[2] قال ابن حزم : وهذا عين الغرر ؛ لأنه لا يدرى ما اشترى أو باع .

٢ — قوله تعالى : « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم »[3] ولا يمكن وقوع التراضى على ما لا تدرى صفاته .[4]

٣ — القياس على السلم ، فكما لا يصح السلم مع الجهل بصفة المسلم فيه ، لا يصح البيع مع الجهل بصفة المبيع ؛ لأن كلا منهما بيع .

٤ — القياس على بيع النوى فى التمر ، لأنه فى الحالين لم ير المشترى المبيع ولم يوصف له .[5]

---

(١) المنتقى ٤ : ٢٨٧

(٢) المغنى ٣ : ٥٨١ ، والمحلى ٨ : ٣٤٣

(٣) النساء ٢٩

(٤) المحلى ٨ : ٣٤٣

(٥) المغنى ٣ : ٥٨١

وقد رد المانعون أكثر أدلة المجوزين ، فردوا الاستدلال بالآية ، بأنها مخصوصة بحديث النهى عن بيع الغرر[١] .

وهذا حق ، غير أنه يمكن أن يدفع بأن الغرر يكون مؤثراً إذا بيعت العين الغائبة من غير صفة على الإلزام ، أما إذا كان الخيار ثابتا للمشترى بحكم الشارع كما يقول الحنفية ، أو باشتراطه فى العقد كما يقول المالكية ، فإن الغرر لا يضر فى هذه الحالة .

وقالوا : إن حديث خيار الرؤية ضعيف ، وعلى فرض قبوله فيحتمل أن المشترى بالخيار بين العقد على مارآه أو تركه[٢] ،وقد قلت فيما تقدم أنه لا يصح الاعتماد على حديث خيار الرؤية .

وأما خبر عثمان وطلحة فقالوا عنه : إنه قول صحابى ، وفى كونه حجة خلاف ، ولو كان حجة فلا يعارض به حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم الذى ينهى عن بيع الغرر ، على أن هذا الخبر يمكن حمله على أنهما تبايعا بالصفة[٣] .

وأما القياس على النكاح فغير سليم ؛ لما تقدم فى الرد على أدلة جواز بيع الغائب[٤] ؛ ولأن الصفات التى تعلم بالرؤية ليست هى المقصودة فى النكاح فلا يضر الجهل بها ، بخلاف البيع[٥] .

---

(١) المصدر السابق

(٢) المصدر السابق

(٣) المصدر السابق

(٤) انظر ص ٤٠٣

(٥) المغنى ٣ : ٥٨١

ويمكن رد الدليل الخامس بعدم التسليم بأن التصرف صدر فى محله فى البيع من غير وصف ؛ لأن فى المحل خللاً هو الجهل به .

رد أدلة المانعين :

رد الكاسانى الاستدلال بحديث النهى عن بيع الغرر ، بأنه ليس فى البيع من غير وصف غرر ؛ لأن الغرر هو الخطر الذى استوى فيه طرفا الوجود والعدم بمنزلة الشك ، وفى البيع من غير وصف ترجح جانب الوجود على جانب العدم بالخبر من البائع الراجح صدقه على كذبه ، على أنه لو كان فيه غرر — على تسليم أن الغرر هو مطلق الخطر — فإنه ليس كل غرر يفسد العقد [1] ، والغرر هنا لا يؤثر فى صحة العقد ؛ لأن خيار الرؤية ثابت للمشترى .

ورد الاستدلال بالآية ، وبالقياس على السلم ، بأن الجهالة التى تمنع التراضى وتفسد البيع ، هى الجهالة التى تفضى إلى المنازعة ، وجهالة الوصف فى بيع العين الغائبة لا تفضى إلى المنازعة ، لأن المشترى إذا صدق البائع فى خبره بوجود المبيع واشتراه بناء على هذا ، فالظاهر أنه لا يكذبه عندما يرى المبيع فى أنه عين ما باعه له ، ثم إن الاعتماد فى بيع العين الغائبة على الرؤية ، ومادام خيار الرؤية ثابتا للمشترى فلا حاجة إلى الوصف [2] ، ثم إن القياس على السلم غير مقبول ؛ لأن المسلم فيه غير معين بالذات ، ولا يثبت فيه خيار الرؤية ، ولهذا تحتم وصفه ، أما القياس على بيع النوى فى التمر ، فلم أجد للمجوزين إجابة عنه ، إلا ما ذكرته سابقا من أن الحنفية يعتبرون بيع النوى فى التمر من بيع المعدوم لا من بيع الغائب . [3]

---

(١) البدائع ٥ : ١٦٣

(٢) البدائع ٥ : ١٦٣ . والمهذب ١ : ١٦٣ وانظر ص ١٧٥

(٣) انظر ص ٣٩٩

وأرى أنه كان الواجب على من جوز بيع الغائب من غير صفة ، أن يجوز أيضا بيع النوى فى التمر ، ويجعل للمشترى الخيار عند رؤيته .

الخيار فى بيع العين الغائبة من غير صفة ولا رؤية سابقة :

إذا اشترى شخص عينا غائبة من غير صفة ولا رؤية سابقة، فالبيع غير لازم بالنسبة له ، ويثبت له الخيار عند رؤية العين ، فإن شاء أمسكها ، وإن شاء ردها ، غير أن هذا الخيار يثبت للمشترى بحكم الشارع عند الحنفية ، ولا حاجة إلى اشتراطه ، بل إن المشترى لا يستطيع النزول عنه قبل الرؤية ، لأن المعقود عليه قبل الرؤية مجهول الوصف ، والرضا بالشىء قبل العلم به غير معتبر[1] ، وعند المالكية لا يثبت خيار الرؤية فى هذه الحالة إلا بالشرط ، واشتراطه شرط لصحة البيع كما رأينا[2] ، وفى مذهب الشافعية وجهان : وجه يثبت للمشترى الخيار ، سواء شرطه أو لم يشرطه ، وهو الصحيح فى المذهب ، وهذا يتفق مع مذهب الحنفية ، والوجه الآخر لا يثبت للمشترى الخيار إلا أن يكون شرطه[3] ، والظاهر أن المشترى إذا لم يشترط الخيار يبطل البيع على هذا الوجه لأن تصحيح البيع مع عدم ثبوت الخيار للمشترى يجعل هذا الوجه غريباً جداً على الفقه الإسلامى ، لأنه يترتب عليه صحة البيع من غير رؤية ولا صفة على اللزوم ، وفى مذهب الحنابلة روايتان ، أشهرهما ثبوت الخيار للمشترى بمقتضى العقد من غير شرط[4] كمذهب الحنفية .

---

(١) البدائع ٥ : ٢٩٥ والمدخل للفقه الإسلامى للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ٦٦٥

(٢) انظر ص ٤١٦

(٣) المجموع ٩ : ٢٩٣

(٤) المغنى ٣ : ٥٨٠

بيع الانسان ما غاب عنه :

الأحكام المتقدمة كانت فى بيع العين الغائبة بالنسبة للمشترى ، ولكن قد يحدث أحيانا أن يبيع الإنسان ما غاب عنه ، كما لو ورث شخص مالا فى غير بلده ، وأراد أن يبيعه قبل أن يراه ، أو أراد شخص أن يبيع ماله الغائب عنه وقت العقد ، فهل يجوز له ذلك ، كما جاز للمشترى أن يشترى ما غاب عنه ؟ وهل يثبت له الخيار كما ثبت للمشترى ؟

قال أكثر الفقهاء الذين جوزوا بيع الغائب : لافرق بين البائع والمشترى فكما جاز شراء الإنسان العين الغائبة ، وثبت له الخيار عند رؤيتها ، يجوز أيضاً بيع الإنسان العين الغائبة عنه ، ويثبت له خيار الرؤية[1]

وقال أبو حنيفة فى رأيه الأخير وهو المذهب : يجوز أن يبيع الإنسان ماغاب عنه ، ولكن لايثبت له الخيار عند الرؤية[2] ، وهذا هو الوجه الثالث عند الشافعية ، وهو أصحها[3] .

وحجة من يثبت للبائع الخيار هى :

١ — يشترط فى لزوم البيع تمام الرضا من كل من المتبايعين ، والرضا لا يتم إلا بالعلم بأوصاف المبيع ، وذلك بالرؤية ، فما لم تحصل الرؤية فإن

---

(١) الهداية مع فتح القدير ٥ : ١٤٠ وهذا رأى أبى حنيفة الأول الذى رجع عنه ، والمجموع ٨ : ٢٩٣ ، وهذا أحد الأوجه الثلاثة عند الشافعية ، والوجه الثانى هو : أن البيع صحيح ، ويثبت للبائع الخيار إن لم يكن رأى المبيع ، أما إن كان رآه فلا خيار له ، والمغنى ٣ : ٥٨١ ، والمحلى ٨ : ٣٤٢ ، والروضة البهية ٣٢٤ ، وشرح النيل ٤ : ١٣٧و١٣٨ ، وممن يرى ثبوت خيار الرؤية للبائع والمشترى معاً ابن شبرمة ، المحلى ٨ : ٣٣٨

(٢) ابن عابدين ٤ : ٩٠ ، والمدخل للفقه الاسلامى للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ٦٦٦

(٣) المجموع ٩ : ٢٩٢

البائع لا يتم رضاه بزوال المبيع عن ملكه[1] ، وهذا استدلال سليم فى نظرى ولم أر للمانعين رداً عليه .

٢ — القياس على المشترى ؛ لأن البائع جاهل بصفة المعقود عليه كالمشترى[2] ، وهذا قياس صحيح ؛ لأنه ما دامت العلة التى جعلنا من أجلها الخيار للمشترى موجودة فى البائع ، فيجب أن يسوى بينهما فى الحكم .

وحجة من لا يثبت للبائع الخيار هى :

١ — أن ثبوت الخيار فى الحديث جاء معلقاً بالشراء ، فلا يثبت دونه .
وقالوا : لا يصح قياس البائع على المشترى فى هذه المسألة ؛ لأن مشترى ما لم يره مشترٍ على أنه خير مما ظن ، فيكون بمنزلة مشترى شىء على أنه جيد ، فإذا هو ردىء ، ومن اشترى شيئاً على أنه جيد فإذا هو ردىء فله الخيار ، وبائع شىء لم يره يبيع على أنه أدون مما ظنه ، فكان بمنزلة بائع شىء على أنه ردىء ، فإذا هو جيد ، ومن باع شيئاً على أنه ردىء فإذا هو جيد فلا خيار له[3] .

وأقول : إن تعليق الخيار فى الحديث بالشراء لا يدل على اختصاصه به ، وإنما جاء الحديث على حسب الغالب ، من أن بيع الغائب يكون بالنسبة للمشترى ، فلا مانع من قياس البائع على المشترى ، ما دامت العلة واحدة ، وهى عدم الرؤية ، وهذه التفرقة بين البائع والمشترى التى يحاولها بعض الحنفية ، محاولة غير ناجحة فى نظرى ، لأنه لا المشترى يشترى ما لم يره على أنه خير مما يظن ، ولا البائع يبيع ما لم يره على أنه أدون مما يظن ، وإنما كل منهما يشترى أو يبيع

---

(١) فتح القدير ٥ : ١٤٠ ، والبدائع ٥ : ٢٩٢ ، والمغنى ٣ : ٥٨١

(٢) المغنى ٣ : ٥٨١

(٣) فتح القدير ٥ : ١٤٠ والبدائع ٥ : ٢٩٢

ما لم يره ، على أنه كما وصف له إن كان البيع على الصفة ، وعلى أنه كما رآه من قبل، إن كان البيع بناء على الرؤية السابقة ، وعلى أنه سيقول كلمته الأخيرة عند الرؤية إذا كان البيع من غير صفة ، ولا رؤية سابقة ، ولا فرق بين البائع والمشترى فى كل هذا .

٢ — الإجماع السكوتى من الصحابة على ثبوته للمشترى دون البائع ، وهذا الإجماع يستفاد من خبر عثمان ، وطلحة ، فقد أخرج الطحاوى ، ثم البيهقى عن علقمة بن أبى وقاص أن طلحة رضى الله عنه اشترى من عثمان بن عفان رضى الله عنه مالاً ، فقيل لعثمان : إنك قد غبنت ، فقال عثمان : لى الخيار ؛ لأنى بعت ما لم أره ، وقال طلحة : لى الخيار لأنى اشتريت ما لم أره ، فحكما بينهما جبير بن مطعم رضى الله عنه، فقضى أن الخيار لطلحة،ولا خيار لعثمان [1]

والظاهر فى مثل هذه القضية أن تشتهر بين الصحابة ؛ لأن قضية يختلف فيها رجلان كبيران من الصحابة إلى أن يحكما غيرهما لا بد أن ينتشر خبرها ، فحين حكم جبير بالخيار لطلحة ، وهو المشترى ، ولم يرو عن أحد من الصحابة خلافه ، كان ذلك إجماعا سكوتيا منهم [2] .

وأقول : لا إجماع فى هذا الخبر على أن الخيار يثبت للمشترى دون البائع ؛ لأن ثبوت الخيار للمشترى هو رأى طلحة ، وجبير ، وثبوته للبائع رأى عثمان ، كما هو واضح من هذه القضية ، وسكوت عثمان لا يعتبر موافقة ورجوعاً عن رأيه ، وإنما هو قبول لنتيجة التحكيم ، كما أن سكوت باقى الصحابة لا يصح

---

(١) ورد هذا الخبر بهذه الصيغة فى فتح القدير ٥ : ١٤٠ ، والمحلى ٨ : ٣٣٨ وانظر رواية البيهقى والشيرازى فى ص ٤٠٢ وانظر أيضا هذا الخبر فى المغنى ٣ : ٥٨٠

(٢) فتح القدير ٥ : ١٤٠ — ١٤١ .

أن يعتبر موافقة منهم جميعا على رأى طلحة ، بل الظاهر أن بعضهم كان معه ، وبعضهم كان مع عثمان ، كما هو الشأن فى كل مسألة يختلف فيها بعض الصحابة صراحة ، ويسكت الباقون ، والإجماع الذى فى هذا الخبر، إنما هو فى صحة بيع العين الغائبة وشرائها كما تقدم .

يتبين من هذا أن رأى الجمهور أولى بالقبول ؛ لقوة دليله ، وأن رأى مخالفيهم لا سند له .

البيع برؤية بعض المبيع :

قد يرى المشترى أحيانا بعض المبيع ، ولا يرى سائره ، فهل تكفى رؤية البعض ، ويخرج بها المبيع عن كونه بيعاً لعين غائبة ، أم لا بد من رؤية المبيع كله ؟

اختلف الفقهاء فى هذه المسألة ، والجمهور منهم على أن البعض المرئى إن كان يدل على المبيع دلالة كاملة ، فإن رؤيته تكفى ، وإن كان لا يدل عليه فلا بد من رؤية الكل ، وإلا كان من بيع الغائب[1]، وهذا رأى ظاهر

---

(١) ولكن الجمهور مع اتفاقهم على هذه القاعدة العامة فى الجملة ، فإنهم مختلفون فى بعض الجزئيات ، نتيجة لاختلافهم فى تطبيق القاعدة ، بل إن هـذا الاختلاف فى الجزئيات موجود بين فقهاء المذهب الواحد ، مثال ذلك اختلاف أئمة الحنفية فى بيع الثوب المطوى برؤية خارجه ، والدار برؤية خارج البيوت وصحن الدار ، فقال الأئمة الثلاثة : تكفى رؤية خارج الثوب ، كما تكفى رؤية خارج البيوت ، وصحن الدار ، وقال زفر : لا بد من نشر الثوب كله ، ولا بد من رؤية داخل البيوت،والفتوى على رأى زفر . ابن عابدين ٤ :٩١و٩٢ ، وانظر ما تقدم فى بيع ما يكمن فى الأرض وبيع ما يختفى فى قشره فإن له صلة وثيقة بهذا الموضوع ص١٨٩ — ٢٠٣ـ وانظر أيضاً المجموع ٩ : ٢٩٧ والمغنى ٣ : ٥٨١ والروضة البهية ٢٨٧ ، وانظر المدخل للفقه الإسلامى للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ٦٦٧ .

الوجاهة ، وذهب بعض الفقهاء إلى أن رؤية البعض لا تكفى مطلقاً ، ولا بد عندهم من رؤية المبيع كله ، وإلا فهو بيع غائب ، وسنتكلم فيما يأتى عن صورة من صور البيع برؤية بعض المبيع متعارف عليها بين الناس ، توضح لنا آراء الفقهاء المختلفة فى هذه المسألة وهى :

البيع بالنموذج[1]

النموذج هو مثال الشيء ، وصورة بيع النموذج : أن يرى البائع المشترى بعض المبيع ، ويتبايعا على أن المبيع كله من نوع النموذج ، كأن يريه مثلاً شيئا من القمح الذى فى مخزنه ، ويبيعه العشرين إردباً التى فى المخزن على أنها من نوع ما رآه المشترى ، وبيع النموذج هذا لا يكون إلا فى المثليات ، وقد جوز أكثر الفقهاء البيع على النموذج ، فمن جوزه الحنفية ، قال الزيلعى : «ولو دخل فى المبيع أشياء ، فإن كان لا تتفاوت آحاده ، كالمكيل ، والموزون ، وعلامته أن يعرض بالنموذج ، يكتفى برؤية بعضه ؛ لجريان العادة بالاكتفاء بالبعض فى الجنس الواحد ؛ ولوقوع العلم به بالباقى ، إلا إذا كان الباقى أردأ ، فيكون له الخيار فيه وفيما رأى ، لئلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام ؛ لأنها مع الخيار لا تتم ، وإن كان آحاده تتفاوت ، وهو الذى لا يباع بالنموذج ، كالثياب والدواب والعبيد ، فلا بد من رؤية كل واحد من أفراده ؛ لأنه برؤية بعضها لا يقع العلم بالباقى للتفاوت[2]» ، فالبيع بالنموذج عند الحنفية لا يثبت معه الخيار إذا كان مالم يرمطابقاً للنموذج ، أما إذا كان أردأ فللمشترى الخيار ، وعلى هذا فإن

---

(١) النموذج بفتح النون مثال الشيء معرب والأنموذج لحن ، القاموس المحيط ، وكثير من الفقهاء يقول الأنموذج .

(٢) الزيلعى ٤ : ٢٦ وانظر أيضاً الأصل ١٤٩ .

خيار الرؤية الذى يثبت فى بيع العين الغائبة يختلف عن الخيار الذى يثبت فى البيع بالنموذج .

ويلاحظ أن الزيلعى أدخل الثياب فيما لا يباع بالنموذج ، وقد حقق ابن عابدين أن الثياب إذا كانت من نمط واحد لا يختلف عادة بحيث يباع كل واحد منها بثمن متحد تكفى رؤية ثوب منها ، وذلك – كما يقول ابن عابدين ؛ لأنها تباع بالنموذج فى عادة التجار ، فإذا كانت ألوانا مختلفة ، ينظرون من كل لون إلى ثوب واحد ، بل قد يقطعون من كل لون قطعة قدر الأصبع ، ويلصقون القطع فى ورقة ، فيعلم حال جميع الأثواب برؤية هذه الورقة إلى آخر ما قاله[1] ، وكله متفق مع ما هو جار فى زماننا ، والواقع أن الثياب أصبحت الآن من المثليات .

وتكفى عند المالكية رؤية بعض المبيع ، إذا كان مثليا كالمكيل والموزون . أما المقوم فلا تكفى رؤية بعضه على ظاهر المذهب ، وذلك كعدل مملوء من القماش ، وقال ابن عبد السلام : الروايات تدل على مشاركة المقوم للمثلى فى كفاية رؤية البعض إذا كان المقوم من صنف واحد ،[2] وقول ابن عبد السلام أولى بالقبول وإن كان خلاف الراجح فى المذهب ؛ لأن القيمى المتحد الصنف لا فرق بينه وبين المثلى ، بل هو مثلى فى الحقيقة . فالعدل المملوء من القماش إذا كان القماش من صنف واحد ينبغى أن يجوز بيعه بالنموذج .

وللشافعية فى بيع النموذج ثلاثة أوجه : وجه بالصحة ، ووجه بالبطلان ، والوجه الثالث ، وهو أصحها : أن النموذج إن أدخل فى البيع صح ، وإن لم يدخل لا يصح ، فلو أرى البائع المشترى كمية من القمح وقال له : بعتك العشرين

---

(١) حاشية ابن عابدين ٤ : ٩١ — ٩٢

(٢) الدسوقى على الشرح الكبير ٣ : ٢٤ ط المكتبة التجارية

إردباً التى فى هذا المخزن ، وهى من هذا الصنف الذى رأيته لم يصح البيع، لأن النموذج لم يدخل فى البيع ، فيكون المبيع غير مرئى ، أما لو أدخل النموذج فى البيع فقال : بعتك هذه الكمية من القمح والعشرين إردباً التى فى هذا المخزن وهى من صنف هذه الكمية صح البيع ، قالوا : لأنه يكون فى هذه الحالة كما لو رأى البعض متصلاً بالباقى ، كما فى بيع صبرة القمح برؤية ظاهرها ، وهو جائز بلا خلاف ، ولا خيار للمشترى إلا إذا خالف مالم يره ما رآه[1] . وهذه تفرقة لفظية لا أرى ما يبرر اختلاف الحكم من أجلها .

وقال الحنابلة : لا يصح بيع النموذج ، فلو أرى البائع المشترى صاعاً من صبرة وباعه الصبرة على أنها من جنسه فالبيع غير صحيح ؛ لعدم رؤية المبيع وقت العقد[2] ،ولم يذكر البهوتى تعليلاً لعدم الصحة غير هذا ، وهو تعليل غير متفق مع ما قرره فى المتن من أن الشرط : « أن يكون المبيع معلوماً لهما ، برؤية تحصل بها معرفة مقارنة له وقت العقد ، أو لبعضه إن دلت على بقيته وإلا فلا »ولا شك أن رؤية النموذج تدل على بقية المبيع ، ثم إن النموذج كما عرفه البهوتى نفسه هو :« ما يدل على صفة الشىء » والحنابلة يجوزون البيع على الصفة ، كما تقدم[3] . فكان الواجب عليهم أن يجوزوا بيع النموذج ، والشيعة الإمامية يجوزون البيع بنموذج المماثل ، ويجعلون للمشترى الخيار فى حالة النقص[4] ، ويبدو أن الظاهرية لا يجوزن بيع النموذج ، وإن كنت لم أرلهم كلاماً صريحاً فى هذا الموضوع إلا ما شنع به ابن حزم على أبى حنيفة من أنه

---

(١) المجموع ٩ : ٢٩٨ ، وانظر أيضاً ص٢٩١ و٢٩٧ منه

(٢) كشاف القناع عن متن الإقناع ٣ : ١٣

(٣) المصدر السابق وص ٤٠١ و ٤٠٤

(٤) الروضة البهية ٢٨٧

أجاز بيع المغيب فى الأرض كالجزر ، والبصل ، وأوجب على البائع أن يقلع منه نموذجاً يريه المشترى ، قال ابن حزم : « . . . . وليت شعرى ما هـذا الأنموذج الذى لا هو لفظة عربية من اللغة التى بها نزل القرآن وخاطبنا بهـا رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا لفظة شرعية ، ثم صار يشرع بها أبو حنيفة الشرائع فيحرم ويحلل ، فعلى الأنموذج العفاء وصفع القفاء ، وعلى كل شريعة تشرع بالأنموذج . . . [1] »

وبالرغم مما قاله ابن حزم فى النموذج فإن الناس لا يستغنون عنـه فى معاملاتهم ، ولهذا فقد شرع به أبو حنيفة وغيره ؛ لأن فيه تحقيقاً لمصالح العباد ، ودفعاً للحرج والمشقة عنهم ، وهذا هو ما ترمى إليه الشريعة الإسلامية .

(١) المحلى ٨ : ٣٩٥ — ٣٩٦

الفرع الثانى

بيع الأعمى وشراؤه[1]

جمهور الفقهاء على أن البيع والشراء من الأعمى صحيح على اختلاف بينهم فى التفاصيل :

فعند الحنفية يجوز شراء الأعمى وبيعه ، ويثبت له الخيار فيما اشترى ، ولا خيار له فيما باع على أصح الروايتين فى المذهب ، كما تقدم فى بيع البصير مالم يره[2]

وعند المالكية يقوم الوصف مقام الرؤية فى تعيين المحل بالنسبة للأعمى ، فيجوز بيعه وشراؤه ، ويعتمد فى ذلك على الوصف إلا إذا كان المبيع جزافاً ، فإن الوصف لا يكفى ؛ لأن الرؤية شرط لصحة بيع الجزاف ، كما تقدم ، وعلى هذا فلا يصح بيع الجزاف ولا شراؤه من الأعمى .[3]

والحنابلة كالمالكية يصح عندهم بيع الأعمى وشراؤه إذا وصف له المبيع لأن الرؤية ليست شرطاً فى البيع ، وإنما الاعتبار بالصفة وهى ممكنة فى حق الأعمى ، وإذا وجد الأعمى المبيع على خلاف الصفة فله خيار الخلف فى الصفة[4] .

والشيعه الزيدية يكتفون أيضا بالوصف فى بيع الأعمى وشرائه[5] ، وكذلك

---

(١) سيكون كلامنا خاصاً بما إذا كان المبيع مما يعلم بالرؤية ، أما ما يعلم بالشم أو الذوق أو اللمس فلا يدخل فى هذا الفرع .

(٢) البدائع ٥ : ١٦٤ وانظر ص ٤٢٣

(٣) الدسوقى على الشرح الكبير ٣ : ٢٤ وانظر ص٢٣٥ر٢٣٦

(٤) المغنى ٤ : ٢١٠ ، والنكت والفوائد السنية على مشكل المحرر ١ : ٢٩٢

(٥) البحر الزخار ٣ : ٢٩٢

الشيعة الإمامية يجوزون شراء الأعمى وبيعه[1] .

ودليل الجمهور على صحة بيع الأعمى وشرائه هو :

١ — ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما أن رجلا ذكر للنبى صلى الله عليه وسلم أنه يخدع فى البيوع فقال : إذا بايعت فقل لاخلابة[2] .

ووجه الاستدلال بهذا الحديث ، هو أن الرجل الذى قال له النبى صلى الله عليه وسلم : « إذا بايعت فقل لا خلابة » هو حبان بن منقذ ، وكان ضريراً ،وقد جوز له النبى صلى الله عليه وسلم أن يبيع ويشترى[3] .

٢ — الإجماع ، فإن العميان فى كل زمان من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يمنعوا من بياعاتهم وأشريتهم ، بل بايعوا فى كل الأعصار من غير إنكار[4] .

وأبطل الشافعية بيع الأعمى وشراءه على الصحيح فى المذهب ، إلا إذا كان الأعمى رأى شيئاً قبل أن يعمى ، وكان مما لا يتغير ، فإنه يصح بيعه وشراؤه لذلك الشيء ، كما هو المذهب فى بيع البصير وشرائه على الرؤية السابقة ، كما تقدم[5] .

وبطلان بيع الأعمى وشرائه لا خلاف فيه على القول ببطلان بيع العين الغائبة ، أما على القول بالصحة فكان ينبغى أن يجوز بيع الأعمى وشراؤه ، ولكن الشافعية قالوا : إن فى بيع الأعمى وشرائه على القول بصحة بيع العين

---

(١) الروضة البهية ٢٨٧
(٢) رواه البخارى ، صحيح البخارى مع العينى ١١ : ٢٣٣
(٣) العينى على البخارى ١١ : ٢٣٣ والبدائع ٥ : ١٦٤
(٤) البدائع ٥ : ١٦٤ ، والبحر الزخار ٣ : ٢٩٢
(٥) انظر ص ٤١٤

الغائبة وجهين : أصحهما عدم الجواز أيضاً ، لأنه لا طريق للأعمى إلى رؤية المبيع ، ولا يمكنه أن يوكل فى الخيار ، لأنه خيار ثبت بالشرع فلا تجوز الاستنابة فيه كخيار المجلس ، فيكون البيع من الأعمى كبيع العين الغائبة على ألا خيار للمشترى .

والوجه الآخر : أن بيع الأعمى وشراءه يصح ، كما يصح من البصير فيما لم يره ، ويستنيب فى القبض والخيار ، أو يصفه له غيره ، ويقوم هذا الوصف مقام الرؤية[1] ، وهذا الوجه الثانى متفق مع رأى الجمهور ، وهو الأحرى بالقبول .

وفى مذهب الإباضية عدة أقوال فى بيع الأعمى وشرائه ، ومذهبهم أقرب إلى المنع منه إلى الجواز ، وهذه خلاصة أقوالهم[2] :

ا — ما رآه الأعمى قبل العمى :

إذا باع الأعمى ، أو اشترى شيئاً عرفه قبل أن يعمى ، ففى صحة عقده قولان :

١ — العقد فاسد ، سواء كانت العين مما تتغير أولا ، وهذا على قول من لا يجيز بيع الغائب على الرؤية السابقة .

٢ — العقد فاسد إذا كانت العين مما يتغير ومضت مدة تتغير فيها ، أما إن كانت العين مما لا يتغير ، أو مما يتغير ، ولم تمض مدة تتغير فيها ، فالعقد صحيح ، وقيل : لا يصح إلا إذا وصفت له ، أو قيل له : هى باقية على ما رأيتها .

ب — ما لم يره قبل العمى :

وإذا باع الأعمى ، أو اشترى ما لم يره قبل العمى ، ففى صحة عقده ثلاثة أقوال :

---

(١) المهذب ١ : ٢٦٤ والمجموع ٩ : ٣٠٢ — ٣٠٣

(٢) فى مذهب الإباضية قول بعدم جواز بيع الأعمى حتى فيما لا يحتاج إلى نظر ، ولكن الصحيح فى المذهب الجواز ، والأقوال التى نذكرها فى الأصل هى فيما تحتاج معرفته إلى النظر.

١ — لا يصح مطلقاً .

٢ — يصح فيما خف .

٣ — يصح إن كان نفعاً له ولم ينقضه[١] .

وممن قال بعدم صحة بيع الأعمى ، الثورى[٢] .

والذى أرجحه من هذه الآراء ، صحة بيع الأعمى وشرائه ، وقيام الصفة مقام الرؤية فيما تمكن معرفته بالوصف ، على أن يكون للأعمى الخيار ، بائعاً كان أو مشترياً ، إذا اتضح أن العين غير مطابقة للصفة .

عدم رؤية المبيع فى القانون

المبادىء العامة للقانون المدنى المصرى لا تشترط رؤية المحل، وإنما تقتصر على أن يكون المحل معيناً تعييناً كافياً ، ولكن جاء فى القانون نص خاص يتعلق بعلم المشترى بالمبيع، وقالت المذكرة التفسيرية: إن المقصود بعلم المشترى خيار الرؤية، المعروف فى الفقه الإسلامى، وإن المشرع أراد بهذا النص أن يوفق بين خيار الرؤية والمبادىء العامة للقانون المدنى[٣] .

ونورد فيما يلى نص القانون ثم ننظر فيما يؤخذ منه :

تنص المادة (٤١٩) من التقنين المدنى المصرى على ما يأتى :

(١) يجب أن يكون المشترى عالماً بالمبيع علماً كافياً ، ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه .

---

(١) شرح النيل ٤ : ١٤٠

(٢) البحر الزخار ٣ : ٢٩٢

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ : ١٨

٢ — وإذا ذكر فى عقد البيع أن المشترى عالم بالمبيع سقط حقه فى طلب إبطال البيع ، بدعوى عدم علمه به ، إلا إذا أثبت تدليس البائع .

يستفاد من هذه المادة :

اولا : وجوب علم المشترى بالمبيع .

ونود أن ننبه هنا إلى الفرق بين تعيين المبيع ، والعلم بالمبيع ، فتعيين المحل الذى تتحدث عنه المادة (١٣٣) من القانون المراد به أن يكون المحل معروفاً بذاته لا يقع فيه لبس ، بصرف النظر عن علم المشترى به أو عدم علمه به ، أما العلم بالمبيع المذكور فى المادة (٤٠٩) فالمراد به علم المشترى بالمبيع وأوصافه الأساسية علماً يمكنه من تعرفه ، فالعلم بالمبيع مرحلة تأتى بعد تعيين المبيع[1] .

هذا من ناحية حقيقة كل منهما ، وهناك فرق آخر من حيث حكم البيع مع عدم تعيين المبيع ، وحكمه مع عدم علم المشترى بالمبيع ، فعدم تعيين المبيع يجعل البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً ، كما تنص على ذلك المادة (١٣٣) ، أما عدم علم المشترى بالمبيع فإنه يجعل للمشترى وحده الحق فى إبطال البيع ، كما فى المادة (٤١٩) فالبطلان هنا بطلان نسبى لا مطلق[2] .

ثانيا : أن يكون علم المشترى بالمبيع علماً كافياً ، والعلم فى كل شىء يكون بحسبه ، والأصل فى العلم بالمرئيات الرؤية ، وقد نص القانون على أمرين يقومان مقام الرؤية :

---

(١) الوسيط للدكتور السنهورى ٤ : ١٢٣ وانظر أيضاً شرح البيع لمحمد حلمى عيسى ٣٣٥

(٢) شرح البيع للدكتور أنور سلطان ١٠٣ — ١٠٤ ط الثانية ، وشرح البيع لمحمد حلمى عيسى ١٤٨

أحدهما : أن يشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه، فرؤية المبيع يغنى عنها بيان أوصافه الأساسية بيانا يميزه عن الأشياء الأخرى .

ثانيهما : أن يذكر فى عقد البيع أن المشترى عالم بالمبيع، فإقرار المشترى فى عقد البيع بأنه عالم بالمبيع يقوم أيضا مقام الرؤية ، ويكون إقراره حجة عليه لا تقبل منه بعده دعوى عدم العلم بالمبيع ، إلا إذا أثبت أن البائع دلس عليه، بأن أراه مثلا عينا غير العين المبيعة، وأوهمه أنها العين المبيعة ، فإن له فى هذه الحالة الحق فى طلب إبطال البيع للتدليس ، لا لعدم علمه بالمبيع .

وهناك أمر ثالث يقوم مقام الرؤية لم ينص عليه القانون، ولكن الشراح يذكرونه ، وهو ما إذا ثبت أن المشترى عالم بالمبيع .

فإذا لم يشتمل العقد على بيان أوصاف المبيع ، ولم يقر المشترى فى العقد أنه عالم بالمبيع ، ولكن مع هذا استطاع البائع أن يثبت أنّ المشترى كان على علم بالمبيع ؛ لأنه عاينه بنفسه ، وتحقق من أوصافه ، فإن المشترى فى هذه الحالة لا يكون له حق الطعن فى المبيع[1] .

يتبين من هذا ،أن القانون يشترط لصحة البيع الرؤية،أو ما يقوم مقامها ، وهذا هو المقصود من النص على وجوب علم المشترى بالمبيع علما كافيا ، وعلى هذا، إذا اشترى شخص سلعة من غير رؤية أو ما يقوم مقامها ،فللمشترى الحق فى إبطال البيع عند رؤية المبيع إذا لم يوافقه ، أى يثبت له خيار الرؤية ، وهذا الحق الذى أعطاه القانون المشترى يقوم على أساس نظرية الغلط ؛ وذلك أن

---

(١) الوسيط للدكتور السنهورى ٤ : ١٢٤ ، وشرح العقود المدنية للأستاذ الدكتور جميل الشرقاوى ١ : ٤٨ — ٤٩

القانون افترض أن من يشترى سلعة من غير رؤية أوما يقوم مقامها إنما يشتريها على أنها تفى بالغرض الذى اشتراها من أجله ، فإذا رآها فلم يجدها وافية بالمقصود، يكون قد وقع فى غلط جوهرى يخول له الحق فى إبطال البيع ، وفقاً للقواعد المقررة فى نظرية الغلط[١] ، هذا بالنسبة للمشترى، أما البائع فلا خيار له فى القانون إذا باع مالم يره . وهذه الأحكام التى جاءت فى القانون لا تخرج عن آراء الفقهاء التى ذكرناها سابقاً كما هو واضح، ولكن هناك صورة فى بيع العين الغائبة أجمع الفقهاء على منعها ، وهى جائزة فى القانون، وتلك الصورة هى بيع العين الغائبة من غير رؤية أو ما يقوم مقامها على اللزوم ، فلو تعاقد شخص مع آخر على شراء عين لم يرها ، ولم توصف له، شراء باتاً لاخيار فيه، فالعقد صحيح قانوناً، ولاخيار للمشترى؛ لأن بطلان العقد فى هذه الحالة حق المشترى، وقد تنازل عنه ، أما فى الفقه الإسلامى فالعقد غير صحيح باتفاق الفقهاء ، الذين يجيزون بيع الغائب من غير رؤية ولا صفة ، والذين لا يجيزونه ، أما بالنسبة لمن لا يجيزونه فالأمر ظاهر، وأما بالنسبة لمن يجيزونه، فقد رأينا أنهم فريقان، فريق يثبت للمشترى الخيار بمقتضى العقد، ولا يسمح له بالتنازل عنه قبل الرؤية وفريق يشترط للجواز اشتراط الخيار فى العقد ، فالفريقان متفقان على أن البيع على اللزوم غير صحيح .

---

(١) الوسيط للسنهورى ٤ : ١٢٤ ـ ١٤٦ ، وشرح البيع للأستاذ أحمد نجيب الهلالى ٩٤ ـ ٩٧ ، وقارن شرح البيع للأستاذ محمد حلمى عيسى ٣٣٧، وشرح العقود المدنية للأستاذ الدكتور جميل الشرقاوى ١ : ٤٨ ـ ٤٩ . هذا النوع من الغلط لا أثر له فى العقد فى القانون الانجليزى ، لأنه غلط فى صفة المحل من جانب واحد ، والغلط فى الصفة لا أثر له إلا إذا كان غلطاً مشتركاً من الجانبين فى صفة جوهرية . انظر:

The Sale of Coods By P.S . Atiya P 21 & 24

The Law of Contract BY. G . H. Treitel P 158 - 164

ورأى الفقه أولى بالقبول ؛ لأن فى هذا البيع غرراً كثيراً يترتب عليه حتما أكل أحد المتعاقدين مال الآخر بالباطل .

البيع بالعينة فى القانون (١)

تناولت المادة (٤٢٠) من التقنين المدنى المصرى بعض أحكام البيع بالعينة، هذا نصها :

١ ـ إذا كان البيع بالعينة وجب أن يكون المبيع مطابقا لها .

٢ ـ وإذا تلفت العينة أو هلكت فى يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ كان على المتعاقد ، بائعاً كان أو مشتريا ، أن يثبت أن الشيء مطابق للعينة أو غير مطابق .

ولا أريد أن أتعرض لكل ما تناولته المادة من أحكام ، وإنما أكتفى ببيان ما يتصل بالموضوع من حيث صحة البيع بالعينة ، وما يترتب عليه من ثبوت الخيار للمشترى .

واضح من نص المادة أن البيع بالعينة صحيح ؛ لأن رؤيتها تغنى عن رؤية المبيع وبيان أوصافه ، والمشترى برؤيته للعينة يكون قد التزم بشراء سلعة مطابقة للعينة التى رآها ، وعليه فإذا جاء المبيع مطابقا للعينة فلا كلام للمشترى

---

(١) البيع بالعينة فى القانون هو البيع بالنموذج فى الفقه الإسلامى .انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ : ٢٢ ، فقد جاء فى المذكرة الايضاحية كلمة نموذج مكان عينة، ولكن مع هذا فقد فرقت محكمة الاستئناف المختلطة بين البيع على مقتضى عينة ، والبيع بالنموذج بأنه فى البيع بالعينة يجب أن يكون المبيع مطابقا للعينة ، أما فى البيع بالنموذج فيكفى أن يشتمل المبيع على العناصر الأساسية التى يقوم عليها النموذج حتى لو وجدت فروق بسيطة بين المبيع والنموذج مادام المبيع صالحا للغرض المخصص له (استئناف مختلط ٣ فبراير ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٥٢) وانظر أيضا شرح البيع لمحمد حلمى عيسى ٢٦٧

ولو وجده غير ملائم لحاجته، أما إذا لم يجيء المبيع مطابقاً للعينة فالمشترى رفضه، ولو كان أجود من العينة[1].

شراء الأعمى في القانون المصرى

كان فى التقنين المدنى المصرى السابق نص خاص بشراء الأعمى، حذف فى التقنين الجديد، لأن فى القواعد العامة غنى عن ذكره، كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى[2]، وكان ذلك النص يقضى بأن « البيع للأعمى يكون صحيحاً إذا أمكنه معرفة حقيقة المبيع بطريقة غير المعاينة، أو حصلت معاينة ممن عينه معتمداً عليه فى ذلك[3] ».

فعلى هذا إذا كان المبيع مما يعرف بغير حاسة البصر ـ اللمس أو الذوق مثلا ـ فشراء الأعمى له صحيح، ولا فرق بينه وبين البصير، وهذا حكم واضح.

أما إذا كان المبيع من المرئيات، فالذى يستفاد من المادة ومن القواعد العامة، أنه إذا كانت معرفته ممكنة بالصفة فإن وصفه للأعمى يكفى فى هذه الحالة، ويقوم مقام الرؤية بالنسبة للبصير، أما إن كانت معرفته لا تتحقق إلا بالنظر إليه، فلا بد فى هذه الحالة من أن ينيب الأعمى وكيلا عنه فى الشراء.

---

(١) الوسيط للدكتور السنهورى ٤: ٢٣٤ — ٢٣٧ وانظر فيه مايجوز للمشترى أن يطالب به غير فسخ البيع ٢٣٧ — ٢٣٩، وانظر أيضاً شرح العقود المدنية للأستاذ الدكتور جميل الشرقاوى ١: ٦٧ — ٦٩.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤: ١٩

(٣) المادة (٢٥٣) من التقنين السابق

أما بيع الأعمى فلم يتعرض له التقنين السابق ، وهو صحيح بمقتضى القواعد العامة ، ولا خيار له ، ولو كان المبيع مما لا يعرف إلا بالبصر ؛ لأن القانون لا يشترط علم البائع بالمبيع ، ولا يجعل له الخيار فى بيع ما لم يره .

القانون الإنجليزى

جاء فى لائحة بيع البضائع ثلاث مواد تتعلق بالبيع على الصفة Sale by description والبيع بالعينة Sale by Sample فقد نصت المادة (١٣) على ما يأتى :

« فى بيع البضاعة على الصفة يكون هناك شرط ضمنى، بأن البضاعة سوف تطابق الصفة ، وإذا كان البيع بالعينة والصفة معاً ، فلا تكفى مطابقة البضاعة للعينة إذا لم تكن مطابقة للصفة » :

ونصت المادة (١٤ ـ ٢) على ما يلى :

فى حالة شراء البضاعة على الصفة من بائع يتعامل فى البضاعة التى على تلك الصفة ، سواء أكان هو الصانع أم لا ، يكون هناك شرط ضمنى بأن تكون البضاعة من صنف صالح للتجارة ، على أنه إذا كان المشترى فحص البضاعة فإنه لا يكون هناك شرط ضمنى بالنسبة للعيوب التى كان يجب أن يكشفها ذلك الفحص .

ونصت المادة (١٥ـ١) على ما يأتى :

يكون البيع بيعاً بالعينة إذا كان فى العقد نص صريح أو ضمنى على أن البيع بالعينة .

ونصت المادة (١٥ ـ ٢) على ما يأتى :

فى حالة البيع بمقتضى عينة :

(ا) يوجد شرط ضمنى بأن البضاعة سوف تطابق العينة فى جودتها .

(ب) يوجد شرط ضمنى بأن يعطى المشترى فرصة معقولة لمقارنة البضاعة مع العينة .

(ج) يوجد شرط ضمنى بأن البضاعة خالية من كل عيب يجعلها غير صالحة للتجارة إذا كان العيب لا يظهر من الفحص المعقول للعينة .(١)

هذه المواد الغرض منها بيان الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة القائلة بأن على المشترى أن يأخذ حذره Caveat Emptor ، فعلى المشترى أن يحتاط لنفسه بشروط ينص عليها صراحة ، لأن النظرية العامة أن القانون لا يفترض شروطا ضمنية ، إلا فى حالات استثنائية ، منها ما نص عليه فى المواد السابقة من أنه فى حالة البيع بالعينة أو على الصفة يجب أن يكون المبيع مطابقا للعينة والصفة .

المراد بالبيع على الصفة :

البيع على الصفة ينطبق على كل الحالات التى لا يرى فيها المشترى المبيع ، ولكنه يعول على الوصف وحده(٢) ، وهذه هى حالة بيع العين الغائبة على الصفة ، كما ينطبق على حالات كثيرة يكون فيها المبيع معينا ومشاهداً للمشترى ،

---

(1) The Sale of Goods Act 1893 Sects 13-15.

وما ذكرته هو ترجمة حرفية لهذه المواد

(2) Varley V. Whipp (1900) 1QB-513.

وذلك فى الحالات التى يصاحب فيها البيع وصف المبيع[1]، وعلى هذا فإن الحالة الوحيدة التى لا يكون فيها البيع على الصفة ، هى ما إذا قال المشترى : اشتريت هذه السلعة ، أو كان البيع بالمعاطاة[2] .

المراد من البيع بالعينة:

حددت المادة (١٥ ـ ١) البيع بالعينة بأنه ما نص فيه صراحة أو ضمنا على أنه بيع بالعينة ، وعلى هذا فلا يكفى لاعتبار البيع بيعا بالعينة ، أن يرى البائع المشترى عينة لفحصها ، إذا لم يقم الدليل على أن فى نية المتعاقدين أن يتبايعا بالعينة[3] .

مخالفة البضاعة للصفة او العينة:

واضح من النصوص المتقدمة أن البضاعة المبيعة لا بد أن تكون مطابقة للصفة والعينة ، ولا بد أن تكون المطابقة كاملة ، وعلى هذا فإذا جاءت البضاعة مخالفة للصفة أو للعينة فللمشترى رفضها ، ولو كانت المخالفة لا يترتب عليها أى ضرر[4]، بل ولو نص فى عقد البيع على عدم مسئولية البائع عن العيوب

---

(1) Crant V. Australia Knitting Mills. Ltd. 1936 A.C. P.100

هذه الصورة من البيع لا تدخل فى بيع الغائب على الصفه فى الفقه الإسلامى ، لأنه ما دام المبيع حاضراً ومشاهداً فالعبرة بالرؤية . ولا محل للوصف ، لأن الوصف فى الحاضر لغو وفى الغائب معتبر . انظر المجلة العدلية مادة (٦٥) .

(2) The Sale of Goods by P.S. Atiya P. 68

(3) Drummond V. Van Ingen 1887 12 App. cas. 284 P. 297 & The Sale of Goods by Atiya P. 76.

(4) Remoore and Co., Ltd and Landauer and Co. 1921 2K.B519. & the Sale of Goods by atiya 74-75.

التى فى البضاعة ، وذلك لأن القانون يلزم البائع بتسليم بضاعة مطابقة للصفة والعينة ، فكل نص يخالف ما أوجبه القانون فهو نص باطل[1] .

وهذه الأحكام التى جاءت فى القانون المصرى والإنجليزى لا تخرج عما قاله الفقهاء إلا فى المسائل التى نبهنا إليها .

---

(1) Robert A. munro and Co. Ltd V. meyer (1930) 2K. B 312. and The Sale of Goods by Atiya P 75 and 77.

الباب الثانى

أثر الغرر فى غير عقد البيع

خطة البحث :

تكلمت فى الباب الأول عن أثر الغرر فى عقد البيع ، وفصلت فيه القول تفصيلا إن لم يكن أحاط بكل جزئياته ، فقد أحاط بالهام منها ، وكشف لنا آراء الفقهاء على اختلاف مذاهبهم فى أثر الغرر فى عقد البيع ، وقد كان من الطبيعى أن أسلك هذا المسلك التفصيلى فى عقدالبيع ، لأن النص الخاص بالغرر ورد فيه ، فهو الأصل وما عداه فرع .

أما فى هذا الباب فسأكتفى ببيان القواعد الكلية التى قالها الفقهاء ، والقواعد التى يمكن استخلاصها من الجزئيات ، مع ذكر بعض التفصيلات التى توضح تلك القواعد وتؤيدها . وسأجعل هذا الباب ثلاثة فصول :

الفصل الأول : أثر الغرر فى عقود المعاوضات المالية

الفصل الثانى : أثر الغرر فى عقود التبرعات .

الفصل الثالث : أثر الغرر فى العقود الأخرى

الفصل الأول

أثر الغرر فى عقود المعاوضات المالية

الغرر يؤثر فى جميع عقود المعاوضات المالية :

القاعدة العامه فى الفقـه الإسلامى ، هى : أن الغرر يؤثر فى سائر عقود المعاوضات المالية ، قياساً على عقد البيع الذى ورد النص بتأثير الغرر فيه .

ولا خلاف بين الفقهاء فى أصل هذه القاعدة ، وإنما يختلفون فى تطبيقها على نحو اختلافهم فى تطبيقها بالنسبة لعقد البيع[1] ، غير أن الظاهرية يختلفون مع الجمهور اختلافاً قد يمتد إلى أصل القـاعدة ، وذلك نتيجة لعدم اعترافهم بالقياس ، وسنشير إلى هذه الخلافات فى أماكنها[2] .

تطبيقات القاعدة :

ونورد فيما يلى ما يثبت هذه القاعدة ويبرز نواحى الاختلاف فى تطبيقها فنتحدث عن أثر الغرر فى عقد السلم والاستصناع ، والإجـارة ، والشركة ، وذلك فى أربعة مباحث :

---

(١) الفروق للقرافى ١ : ١٥٠ ، وانظر أيضا المدخل للفقه الإسلامى ، للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ٥٨١ ط الثانية .

(٢) انظر المحلى ٨ : ١٨٣ و ١٩١

المبحث الأول

اثر الغرر فى عقد السلم

تعريف السلم :

السلم[1] هو : بيع آجل بعاجل[2] ، فالسلم نوع من البيع يتأخر فيه المبيع ، ويسمى المسلم فيه ، ويتقدم فيه الثمن ، ويسمى رأس مال السلم ، فهو عكس البيع بثمن مؤجل[3] .

مشروعيته :

السلم مشروع بالكتاب والسنة ، أما الكتاب فقوله تعالى :

« يأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه إلخ[4] » .

قال ابن عباس : « أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله فى كتابه وأذن فيه ، ثم قرأ : يأيها الذين آمنوا إذا تداينتم إلخ[5] .

وأما السنة فما روى عن ابن عباس أنه قال : قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة والناس يسلفون فى الثمر العام والعامين ، أو قال : عامين

---

(١) السلم والسلف بمعنى واحد ، الأول لغة أهل الحجاز ، والثانى لغة أهل العراق، نيل الأوطار ٥ : ٣٤٣

(٢) تنوير الأبصار مع ابن عابدين ٤ : ٢٨١ وانظر فتح العزيز ٩ : ٢٠٧

(٣) لا يوافق ابن حزم على أن السلم بيع ، لأن الرسول صلى الله عليه وسلم سماه السلم والسلف والتسليف ولم يسمه بيعاً . المحلى ٩ : ١٠٥ و ١٠٦ و ١٠٧ و ١١٤

(٤) البقرة : ٢٨٢

(٥) البحر الزخار ٣ : ٣٩٧ والمغنى ٤ : ٢٧٥ ، والتلخيص الحبير لابن حجر مع المجموع ٩ : ٢٠٦

أو ثلاثة، شك إسماعيل[١] فقال : «من سلف فى تمر فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم» .

رواه الجماعة ، واللفظ للبخارى ، وفى بعض طرق البخارى زيادة : «إلى أجل معلوم»[٢] .

وقد أجمع العلماء على جوازه ، إلا ما حكى عن ابن المسيب أنه لا يجيزه متمسكا بحديث النهى عن بيع ما ليس عند الإنسان[٣] .

شروطه :

١ – يشترط فيه ما يشترط فى البيع :

السلم – كما قلت – نوع من البيع ، ولهذا فإن جميع الشروط التى تشترط فى البيع تشترط فى السلم[٤] ، وعلى هذا فلا بد من أن يكون خاليا من جميع أنواع الغرر التى ذكرناها فى عقد البيع ، ولكن جمهور الفقهاء يستثنون من قاعدة «يشترط فى السلم ما يشترط فى البيع» شرط وجود المحل عند العقد ؛ وذلك لأنهم يرون أن بيع المعدوم منهى عنه كما تقدم[٥] ، ولهذا فقد اعتبروا العقود التى صحت مع عدم وجود المحل عقوداً مخالفة للقياس ، جازت استثناء

---

(١) اسماعيل بن علية أحد رواة الحديث . وهو إسماعيل بن إبراهيم بن سهم الأسدى وعلية بضم العين وفتح اللام وتشديد الياء اسم أمه مولاة لبنى أسد .

(٢) صحيح البخارى مع عمدة القارى ١٢ : ٦١ و ٦٣ ومنتقى الأخبار ٥ : ٣٤٣

(٣) البحر الزخار ٣ : ٣٩٧، ونيل الأوطار ٥ : ٣٤٣، وانظر المحلى ٩ : ١٠٦ فقد جاء فيه أن طائفة كرهت السلم جملة .

(٤) نيل الأوطار ٥ : ٣٤٤ وفتح العزيز مع المجموع ٩ : ٢٠٧، المغنى ٤ : ٢٧٥

(٥) انظر ص ٢٥٣

لورود نص بجوازها، أو للحاجة إليها ، ومن هذه العقود المستثناة عقد السلم ، بل إن بعض الفقهاء اعتبره مستثنى من قاعدة النهى عن بيع الغرر ، يقول الشوكانى : « واختلاف الفقهاء هل هو عقد غرر جوز للحاجة أم لا؟[1] » .

والذى أراه أن عقد السلم ليس عقد غرر ، وإن كان عقداً على معدوم ؛ لأنه لا يلزم من كون محل العقد فى السلم معدوماً وقت العقد أن يكون عقد غرر ، وقد أشرت إلى هذه المسألة سابقا[2] ،وستزداد وضوحاً ببيان الشروط الخاصة التى اشترطت فى عقد السلم :

ب ـ الشروط الخاصة بعقد السلم :

اشترط الفقهاء فى عقد السلم شروطاً خاصة ، زيادة على الشروط التى يشترك فيها مع عقد البيع ، نذكر منها الشروط التى تباعد بينه وبين الغرر الممنوع ، وتجعله من بيع المعدوم الذى لا غرر فيه .

الشرط الأول : أن يكون المسلم فيه مما يغلب وجوده عند حلول الأجل[3] ، وهذا شرط متفق عليه ؛ لأن المسلم فيه واجب التسليم عند الأجل فلا بد أن يكون تسليمه ممكناً حينذاك ، وإلا كان من الغرر الممنوع ، وعلى هذا فلا يجوز أن يسلم فى ثمر إلى أجل لا يعلم وجود ذلك الثمر فيه ، أولا يوجد فيه إلا نادراً ، كما لا يجوز أن يسلم فى ثمار نخلة معينة ، أو ثمار بستان

---

(١) نيل الأوطار ٥ : ٣٤٤ وانظر فتح العزيز مع المجموع ٩ : ٢٠٩ والمغنى ٤ : ٢٩٣ وانظر أيضا الإباحة عند الأصوليين والفقهاء للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ٣٧٧

(٢) انظر ص ٣٥٥ وانظر القياس لابن تيمية ١٩

(٣) ابن عابدين ٤ : ٢٨٤ وبداية المجتهد ٢ : ٢٠٢ وفتح العزيز مع المجموع ٩ : ٢٤١ والمغنى ٤ : ٢٩٣ والمحلى ٩ : ١١٤ والبحر الزخار ٤ : ٤٠٣ والمختصر النافع ١٥٨.

بعينه ، وقد كان أهل المدينة حين قدم النبي صلى الله عليه وسلم يسلمون في ثمار نخيل بأعيانها ، فنهاهم عن ذلك ، وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أسلف إليه رجل من اليهود دنانير في تمر مسمى ، فقال اليهودى : من تمر حائط بني فلان ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أما من حائط بني فلان فلا ، ولكن كيل مسمى إلى أجل مسمى ؛ وذلك لأن ثمر البستان المعين لا يؤمن تلفه [١] .

وجود المسلم فيه عند العقد ليس شرطاً عند الجمهور:

لا يشترط عند جمهور الفقهاء وجود المسلم فيه عند العقد ، ولا بعده قبل حلول الأجل ، فلا يضر عندهم عدم وجوده عند العقد ، كما لا يضر انقطاعه بين العقد والأجل .

وحجتهم في هذا :

١ — حديث ابن عباس المتقدم [٢] ، فإنه لم يذكر فيه شرط الوجود ، ولو كان شرطاً لذكره النبي صلى الله عليه وسلم ، ولنهاهم عن السنتين والثلاث ؛ لأن من المعلوم أن الثمر لا يبقى هذه المدة .

٢ — التسليم قبل حلول الأجل غير مستحق ، فلا يلزم وجود المسلم فيه ، إذ لا ثمرة لوجوده حينئذ [٣] ، ورأى الجمهور هذا يؤيد ما سبق أن قررته من

---

(١) المغنى ٤ : ٢٩٤ والبحر الزخار ٣ : ٣٩٩ وانظر سنن ابن ماجه ٢ : ٤١ المطبعة التازية .

(٢) انظر ص ٤٤٨ وانظر أيضا حديث عبد الرحمن بن أبزى في نيل الأوطار ٥ : ٣٤٤

(٣) المنتقى ٤ : ٣٠ وفتح العزيز مع المجموع ٩ : ٢٤٥ والمغنى ٤ : ٢٩٤ والبحر الزخار ٣ : ٤٠٣ والمحلى ٩ : ١١٤

أن الغرر يدخل البيع من جهة كون المبيع مجهول الوجود ، لا من جهة كونه معدوما وقت العقد ، فإن ما اشترطه الجمهور فى المسلم فيه، وهو لا يكون عند الجمهور إلا شيئا مستقبلا ثابتا فى الذمة ، يئول إلى اشتراط « عدم الجهل بوجود المسلم فيه [1] » .

وقال الحنفية : يشترط وجود المسلم فيه فى الأسواق من حين العقد إلى حين حلول الأجل ، ولو لم يكن موجوداً عند المسلم إليه . فالسلم عند الحنفية لا بد أن يكون فى إبان وجود المسلم فيه، فلو كان المسلم فيه موجوداً عند العقد غير موجود عند حلول الأجل لا يجوز السلم ، وهذا محل اتفاق ، وكذلك لا يجوز السلم عند الحنفية لو كان المسلم فيه موجوداً عند حلول الأجل، ولكنه غير موجود عند العقد، أو كان موجوداً عند العقد وعند حلول الأجل، ولكنه انعدم فيما بين ذلك .

وحجة الحنفية فى هذا الشرط هى: أن الأجل يبطل بموت المسلم إليه ، ويجب أخذ المسلم فيه من تركته، فاشترط لذلك دوام وجود المسلم فيه، لتدوم القدرة على تسليمه ، إذ لو لم يشترط هذا الشرط ، ومات المسلم إليه قبل أن يحل الأجل فربما يتعذر تسليم المسلم فيه [2] ، وينبنى على هذا الشرط أن السلم عند الحنفية ليس من بيع المعدوم ، وإنما هو من بيع ما ليس مملوكا للبائع .

ولا شك أن الحنفية قد شددوا أكثر مما يلزم فى التحرز من الغرر

---

(١) انظر ص ٣٥٣ — ٣٥٨

(٢) ابن عابدين ٤ : ٢٨٤ و ٢٨٦ أجاب ابن قدامة عن حجة الحنفية بقوله: «لا نسلم أن الدين يحل بالموت ، وإن سلمنا فلا يلزم أن يشترط ذلك الوجود ، إذ لو لزم أفضى إلى أن تكون آجال السلم مجهولة » المغنى ٤ : ٢٩٤ » . واشترط سفيان والأوزاعى وجود المسلم فيه وقت العقد ، ولكنهما لم يشترطا عدم انقطاعه . المحلى ٩ : ١١٤ وقارن نيل الأوطار ٥ : ٣٤٤ .

باشتراطهم هذا الشرط ، وقد كان من الممكن معالجة الحالة التى فرضوها بما عالج به الحنفية أنفسهم حالة انقطاع المسلم فيه بعد حلول الأجل وقبل أن يوفى، فقد قالوا فيها : يخير رب السلم بين انتظار وجود المسلم فيه، والفسخ وأخذ رأس ماله[1] ، فلم لا يقال هذا فى حالة انقطاع المسلم فيه عند موت المسلم إليه ؟ هذا على التسليم بأن موت المسلم إليه يبطل الأجل ، أما إذا قلنا بأن الموت لا يبطل الأجل فإن حجة الحنفية تبطل من أساسها[2] .

الشرط الثانى : قبض رأس مال السلم فى مجلس العقد .

يشترط فى السلم تسليم رأس ماله فى مجلس العقد ، فلو تفرق المتعاقدان قبل التسليم بطل العقد ، وهذا رأى جمهور الفقهاء[3] .

وحجتهم فى ذلك أن تأخير التسليم يصير العقد كبيع الكالىء بالكالىء، وذلك لأن المسلم فيه دين في الذمة ، فلو أخر تسليم رأس المال عن المجلس لكان ذلك فى معنى بيع الكالىء بالكالىء[4] .

ويقول الغزالى : إن الغرض من هذا الشرط « جبر الغرر فى الجانب الآخر » ويريد من ذلك كما يقول الرافعى : « إن الغرر فى المسلم فيه احتمل للحاجة ، فجبر ذلك بتأكيد العوض الثانى بالتعجيل ؛ لئلا يعظم الغرر فى الطرفين[5] » .

---

(١) ابن عابدين ٤ : ٢٨٤

(٢) قارن مصادر الحق للدكتور السنهورى ٣ : ٤١

(٣) ابن عابدين ٤ : ٢٨٨ والوجيز للغزالى مع المجموع ٩ : ٢٠٨ والمغنى ٤ : ٢٩٥ والمحلى ٩ : ١٠٩ والبحر الزخار ٣ : ٣٩٨ والمختصر النافع ١٥٨

(٤) فتح العزيز مع المجموع ٩ : ٢٠٨ والبحر الزخار ٣ : ٣٩٨ وبداية المجتهد ٢ : ٢٢٢

(٥) الوجيز وشرحه فتح العزيز مع المجموع ٩ : ٢٠٧ - ٢٠٩

وهذا متمش مع الرأى القائل: إن السلم عقد غرر جوز للحاجة ، ويبدو لى أن هذا الشرط ليس الغرض منه تخفيف الغرر، لأنه لا غرر فى مجرد التأجيل، وإنما هو شرط يتفق مع طبيعة عقد السلم والحاجة التى شرع من أجلها ، وهى احتياج المسلم إليه إلى المال قبل حصوله على المسلم فيه ؛ ولهذا فإنى لا أرى ما يمنع تأجيل رأس المال إلى أجل قريب ، بشرط أن يكون أقل من أجل المسلم فيه .

وهذا الرأى يمكن أن يجد له سنداً من المذهب المالكى ،فإن المالكية يرون أن التأخير إلى ثلاثة أيام لا يضر ، ولو كان مشروطا فى العقد ، ما لم يكن أجل السلم قريبا كيومين ، أما إن كان التأخير أكثر من ثلاثة أيام ، فإن كان مشروطا فى العقد فلا يصح ، وإن كان غير مشروط ، فلمالك قولان فى المدونة، قول بفساد العقد ، وقول بعدم الفساد ، سواء كثر التأخير جدا ، بأن حل أجل السلم ، أو لم يكثر جدا ، والمعتمد القول بالفساد[1] .

الشرط الثالث : أن يكون المسلم فيه مؤجلا .

يشترط جمهور الفقهاء لصحة السلم أن يكون المسلم فيه مؤجلا على اختلاف بينهم فى مدة الأجل ، فالسلم الحال لا يجوز عندهم[2] ، وقال الشافعية : يجوز السلم حالا ، كما يجوز مؤجلا[3] ، وممن قال بالجواز أبو ثور وابن المنذر[4] .

---

(١) الدسوق على الشرح الكبير ٣ : ١٩٥ — ١٩٦ وقارن مصادر الحق للدكتور السنهورى ٣ : ٤١

(٢) ابن عابدين ٤ : ٢٨٦، والدسوق على الشرح الكبير ٣ : ٢٠٥ والمغنى ٤ : ٢٨٩ وفيه أن هذا قول الأوزاعى .

(٣) الوجيز مع المجموع ٩ : ٢٢٥

(٤) المغنى ٤ : ٢٨٩

وحجة الجمهور فى اشتراط الأجل :

١ — حديث ابن عباس المتقدم[١] ، فإن قوله صلى الله عليه وسلم : « إلى أجل معلوم » أمر منه صلى الله عليه وسلم بالأجل فى السلم ، وأمره يقتضى الوجوب ، فيكون الأجل من جملة شروط صحة السلم ، فلا يصح بدونه ، كما لا يصح إذا انتفى الكيل والوزن فى المكيل والموزون[٢] .

٢ — إذا لم يشترط الأجل فى السلم كان من باب بيع ماليس عند البائع المنهى عنه[٣] ، أو من بيع المعدوم ، وهو لم يرخص فيه إلا فى السلم[٤] .

٣ — السلم جوز رخصة للرفق ، ولا يحصل الرفق إلا بالأجل ، فإذا انتفى الأجل انتفى الرفق[٥] ، وذلك لأن المسلف يرغب فى تقديم الثمن لاسترخاص المسلم فيه ، والمسلم إليه يرغب فيه لموضع النسيئة ، وإذا لم يشترط الأجل زال هذا المعنى[٦] .

وحجة الشافعية القياس الأولوى على السلم المؤجل ، وذلك لأن فى الأجل ضربا من الغرر ، لأنه ربما يقدر فى الحال ، ويعجز عند حلول الأجل ، فإذا جاز السلم مؤجلا فهو حالا أجوز وعن الغرر أبعد[٧] .

---

(١) انظر ص ٤٤٨

(٢) بداية المجتهد ٢ : ٢٠٣ ، والمغنى ٤ : ٢٨٩ ، وعمدة القارى ١٢ : ٦٣

(٣) بداية المجتهد ٢ : ٢٠٣

(٤) نيل الأوطار ٥ : ٢٤٤

(٥) المغنى ٤ : ٢٨٩

(٦) بداية المجتهد ٢ : ٢٠٣

(٧) فتح العزيز ٩ : ٢٢٦

ورأى الجمهور أولى بالقبول ، لقوة دليله وضعف دليـل الشافعية ، فإن القياس الذى احتجوا به غير سليم ، لأن قولهم : « إن فى الأجل ضربا من الغرر » غير مسلم ، لأن الأجل فى السلم لا بد أن يكون معلوما باتفاق الفقهاء ، فمن أين يأتيه الغرر ؟ ولو سلمنا بأن فى السلم المؤجل غرراً هو احتمال العجز عند حلول الأجل ، كما يفهم من عبارة الرافعى ، فإنا لا نسلم بأن السلم الحال أبعد عن الغرر بهذا المعنى ، بل العكس هو الصحيح ، لأنه فى السلم المؤجل يكون عند المسلم إليه فرصة يستعد ويحضر فيها المسلم فيه ، أما فى السلم الحال ، فإن المسلم إليه ملزم بالتسليم فى الحال ، وقد لا يجد المسلم فيه فيؤدى ذلك إلى النزاع بينه وبين المسلم ، وهذا هو عين بيع الإنسان ما ليس عنده على المعنى الذى اخترته سابقا [1] .

وإذا قالوا : إن السلم الحال الذى نعنيه ، هو ما كان المسلم فيه موجوداً عند المسلم إليه ، كأن يسلم شخص فى قمح موجود فى مخزنه ، قلنا لهم : هذا بيع وليس بسلم ، لأنه لا ينطبق عليه اسم السلم ولا معناه : لا ينطبق عليه اسم السلم ، لأنه يسمى سلماً وسلفاً لتعجل أحد العوضين ، وتأخر الآخر ، ولا ينطبق عليه معناه ، لأنه ملاحظ فى مشروعيته حاجة المسلم إليه إلى الثمن قبل حصوله على المسلم فيه ، فإذا كان المسلم فيه موجوداً عنده فقـد انتفت الحاجة إلى السلم ، لأن فى البيع غنى عنه .

والخلاصة : أنى أرى فى اشتراط التأجيل تخفيفا للغرر ، على عكس ما يراه الشافعية ؛ لأن الشأن فى المسلم فيه ألا يكون عند المسلم إليه ، فإذا جوزنا السلم الحال نكون قـد جوزنا بيع ما ليس عند البائع فى الصورة التى تؤدى إلى عدم القـدرة على التسليم المؤدية إلى الغرر ، ولهذا اشترطنا التأجيل ليخف الغرر .

---

(١) انظر ص ٣٢٠

المبحث الثانى

الاستصناع [1]

تعريفه ومشروعيته :

الاستصناع لغة : طلب الصنعة ، واصطلاحا : عقد على بيع عين موصوفة فى الذمة مطلوب صنعها ، وذلك كأن يتفق شخص مع نجار على أن يصنع له دولابا مثلا .

فالاستصناع عقد لا عدة [2] ، وهو بيع [3] ، والمعقود عليه العين لا عمل الصانع [4] ، والاستصناع ، كما هو واضح ، عقد على معدوم ، فالقياس ، على رأى جمهور الفقهاء ، منعه ، ولكنه جاز استحسانا لتعامل الناس به فى جميع العصور من غير نكير ، فكان إجماعا منهم على الجواز [5] ، كما يقول الكاسانى [6] .

---

(١) أتكلم عن الاستصناع على أساس المذهب الحنفى ، لأنه المذهب الوحيد الذى فصل القول فيه تفصيلا ، وأشير فى أثناء الحديث إلى المذاهب التى تعرضت له .

(٢) قال بعض فقهاء الحنفية : هو عدة لا عقد ، ابن عابدين ٤ : ٢٩٥ ، وهو مذهب الزيدية : البحر الزخار ٣ : ٢٩٨ ، ويسميه صاحب البحر الاصطناع .

(٣) وقال بعض العلماء : هو إجارة ابتداء بيع انتهاء . ابن عابدين ٤ : ٢٩٥

(٤) وقال البردعي : من فقهاء الحنفية : المعقود عليه عمل الصانع . ابن عابدين ٤ : ٢٩٦ وهو ما مشى عليه الأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور فى كتابه المدخل للفقه الإسلامى ٥٧٧ ط الثانية هامش .

(٥) ينص الحنابلة على عدم جواز الاستصناع لأنه من بيع ما ليس عند الإنسان وهو لا يجوز إلا فى السلم . الفروع ٢ : ٤٥٨

(٦) البدائع ٥ : ٢ و ٢٠٩

وأرى أن الاستصناع وإن كان بيع معدوم إلا أنه بيع معدوم محقق الوجود فى العادة فلا غرر فيه ، لاسيما على الرأى الذى يجعله عقداً لازما ، ما دام الشىء المصنوع على الصفة المطلوبة ، كما سنرى ، فهو إذن جائز قياسا ، لأنه عقد معاوضة خال من الغرر .

شروطه :

ويشترط فى الاستصناع ما يشترط فى البيع من العلم بالمحل ، فلابد من بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وصفته ، لأنه مبيع فلابد وأن يكون معلوما ، لينتفى عنه الغرر .

كما يشترط أن يكون فيما للناس فيه تعامل ، كالأحذية ، والأوانى : فإن كان فيما لا يجرى تعامل الناس باستصناعه كان سلمًا ، واشترط فيه جميع شروط السلم .

ويشترط أبو حنيفة فى الاستصناع ألا يكون مؤجلا إلى أجل يصح معه السلم فإن أجل إلى أجل يقبل فى السلم كان سلما ، واشترط فيه ما يشترط فى السلم ، وذلك لأن الأجل فى المبيع من خصائص السلم ، فذكره يكون ذكرا للسلم وإن لم يذكره صراحة ، ولأن اعتباره سلما أولى ، لأن جواز السلم بإجماع لا شبهة فيه ، وفى الاستصناع نوع شبهة . وقال الصاحبان : لا يخرج الأجل الاستصناع عن حقيقته ، فيبقى استصناعا ، ويحمل الأجل على الاستعجال .

حكمه :

الاستصناع عقد غير لازم بالنسبة للمستصنع ، فله أن يفسخ العقد فى أى وقت شاء قبل الرؤية ، وله فسخه عند الرؤية ، لأنه مشتر لما لم يره فيكون له خيار الرؤية .

أما الصانع فله الخيار قبل الشروع فى العمل وبعده ما دام الشىء المصنوع

فى يده لم يقدمه للمستصنع ، فإذا قدمه سقط خياره وبقى خيار المستصنع،وذلك لأن المعقود عليه العين لا العمل كما قلنا ، فلا يصح جبر الصانع على العمل ، أما إذا صنعه وقدمه للمستصنع فقد تعين محلا للعقد .

وذهب بعض الحنفية إلى أن الصانع لا خيار له ، ويجبر على المضى فى العمل ،وأن الخيار للمستصنع وحده ؛ لأن الصانع بائع ولا خيار للبائع إذا باع ما لم يره ،وقال الزيلعى : إن هذا هو الصحيح .وروى عن أبى يوسف أنه لا خيار لواحد منهما[١] .

والعمل برأى أبى يوسف أولى من العمل بالرأيين الصحيحين فى المذهب فى نظرى ؛ لأنه لاضرر فيه على المتعاقدين ، وهو أبعد عن الغرر ، وذلك لأنه فى حالة ثبوت الخيار لا يدرى كل من الصانع والمستصنع هل يتم العقد أم لا ، وهذا غرر يمكن تجنبه بجعل العقد لازما إلا إذ قدم الصانع شيئا مخالفا للوصف فيثبت للمشترى الخيار لفوات الوصف .

الاستصناع فى القانون[٢]

عقد الاستصناع فى الفقه الإسلامى يقابله فى القانون المصرى عقد المقاولة فى الحالة التى يتعهد فيها المقاول بصنع شىء على أن تكون المادة منه ، فعقد المقاولة قد يتعهد فيه المقاول بصنع شىء على أن يقدم رب العمل له المادة ، ويقوم هو بالعمل فقط ، وقد يتعهد فيه بالعمل والمادة معا[٣] فالعقد فى الصورة

(١) ابن عابدين ٤ : ٢٩٤ ــ ٢٩٦ ، والبدائع ٥ : ٢٠٩ ــ ٢١٠ ، والزيلعى ٤ : ١٢٤

(٢) المراجع : مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ : ٧ وما بعدها ، والوسيط للدكتور السنهورى ٧ : ٥ وما بعدها ، والعقود المسماة لمحمد كامل مرسى ٤ : ٤٧١ وما بعدها .

(٣) هذا هو ما يستفاد من المادة (٦٤٦) و (٦٤٧) وها هو نصهما :

الأولى إجارة فى الفقه الإسلامى ، وفى الصورة الثانية استصناع .

وقد اختلف فقهاء القانون فى تكييف الاستصناع، فذهب بعضهم إلى أنه عقد بيع واقع على شىء مستقبل ، وهذا الرأى متفق مع مذهب الحنفية .

وقال آخرون : هو عقد مقاولة واقع على العمل ، والمادة ليست إلا تابعة للعمل ، إذ أن تملك رب العمل للشىء المصنوع ليس إلا نتيجة لازمة لكون المقاول يقوم بالصنع لحساب رب العمل ، وهذا الرأى متفق مع رأى البردعى من فقهاء الحنفية .

وقال فريق ثالث : إن العقد يكون مقاولة إذا كانت قيمة العمل تفوق كثيرا قيمة المادة ، ويكون بيعاً إذا كانت قيمة المادة تفوق كثيرا قيمة العمل وإذا لم يكن الفرق كبيرا بين القيمتين كان العقد مزيجا من بيع ومقاولة ، فيقع البيع على المادة،والمقاولة على العمل ، وتسرى أحكام البيع على المادة،وأحكام المقاولة على العمل . وهذا توفيق بين الرأيين السابقين .

وهناك رأى رابع يقول بأن الاستصناع يكون عقد مقاولة قبل أن يتم صنع الشىء المطلوب ، فإذا ما تم صنعه ، وسلم إلى رب العمل انقلب بيعاً ، وهذا الرأى يشبه قول بعض العلماء : إن عقد الاستصناع إجارة ابتداء ، بيع انتهاء .

والاستصناع عقد ملزم للطرفين فى القانون،وهذا موافق لرأى أبى يوسف، ولكن مع ذلك فقد نصت المادة (٦٦٣) على أن: « لرب العمل أن يتحلل

= المادة (٦٤٦) : المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو يؤدى عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر .

المادة (٦٤٧) : يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله ،على أن يقدم رب العمل المادة التى يستخدمها أو يستعين بها فى القيام بعمله، كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا .

من العقد، ويقف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمامه، على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات، وما أنجزه من الأعمال، وما كان يستطيع كسبه لو أتم العمل ».

فهذه المادة تجعل لرب العمل - دون المقاول - أن يتحلل بإرادته المنفردة من عقد الاستصناع، لأى سبب يراه، بشرط أن يكون ذلك قبل أن يتم المقاول العمل، وبشرط ألا يكون هناك اتفاق على عدم جواز التحلل من العقد، وعلى رب العمل فى حالة تحلله من العقد أن يعوض المقاول ما تكلفه من نفقات وما فاته من كسب.

وهذا الحكم يجعل لرب العمل فضلا على المقاول، فإن المقاول لو رجع فى العقد كان لرب العمل حسب القواعد العامة أن يطالبه بالتنفيذ العينى أو بالتعويض. أما المقاول فليس له أن يطالب رب العمل فى حالة رجوعه إلا بالتعويض، وقد قيل فى تبرير هذا الحكم: إن المقاول لا مصلحة له فى التنفيذ العينى، وإنما مصلحته فى أن ينال تعويضاً كاملا، فلهذا منعه القانون من طلب التنفيذ العينى وجعل له الحق فى طلب التعويض بما يحقق مصلحته، أما رب العمل فله مصلحة محققة فى إتمام العمل، ولهذا لم يجعل القانون للمقاول حق الرجوع، فإذا رجع كان لرب العمل إجباره على المضى فى العمل.

المبحث الثالث

الإجارة

تعريفها ومشروعيتها :

الإجارة هى : تمليك المنافع بعوض [١] ، فهى نوع من البيع ، المبيع فيه المنفعة ، ولكنها أعطيت اسما خاصا ، كما سمى السلم باسم خاص [٢] .

وقال ابن حزم : الإجارة ليست بيعا لأنها تجوز فيما لايجوز بيعه كالحر ولأنها الانتفاع بمنافع الشىء المؤجر التى لم تخلق بعد،ولا يحل بيع ما لم يخلق [٣]

والإجارة مشروعة بالكتاب والسنة :

أما الكتاب فقوله تعالى : « إنى أريد أن أنكحك إحدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج [٤] » وقوله : « فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » [٥]

وأما السنة ، فما أخرجه البخارى عن عائشة قالت : استأجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رجلا من بنى الديل هاديا خريتا [٦] ، وهو على دين كفار قريش ، فأمناه ، فدفعا إليه راحلتيهما وواعداه غار ثور بعد ثلاث ليال إلخ . . . [٧] وغيره من الأحاديث .

---

(١) تنوير الأبصار مع ابن عابدين ٥ : ٢

(٢) المغنى ٥ : ٣٩٨ ، وانظر القياس لابن تيمية ٢١ و ٢٣ ، والإجارة ، والكراء معناهما واحد ، غير أن بعض الفقهاء اصطلحوا على تسمية العقد على منافع الآدمى وما ينقل غير السفن والحيوان إجارة ، والعقد على منافع مالا ينقل كالأرض والدور ، وما ينقل من سفينة وحيوان كراء فى الغالب . الدسوقى على الشرح الكبير ٤ : ٢

(٣) المحلى ٨ : ١٨٣

(٤) القصص : ٢٧

(٥) الطلاق : ٦

(٦) الخريت الماهر بالهداية

(٧) صحيح البخارى ٣ : ٨٨

وقد اتفق الفقهاء على جوازها إلا ما حكى عن الأصم[1] ، وابن علية[2] ، والحسن البصرى،والقاشانى ،والنهروانى،وابن كيسان[3] من أنهم لايجيزونها ، وحجتهم أن المعاوضات إنما يستحق فيها تسليم الثمن بتسليم العين ، كما هو الحال فى الأعيان المحسوسة ، والمنافع فى الإجارة فى وقت العقد معدومة ، فكان ذلك غرراً ، ومن بيع مالم يخلق[4] .

وقد رد ابن رشد هذه الحجة رداً يتفق اتفاقا كاملا مع ما قررته فى الكلام عن بيع المعدوم أنقله بنصه : قال ابن رشد : « ونحن نقول إنها ، أى المنافع ، وإن كانت معدومة فى حال العقد فهى مستوفاة فى الغالب ، والشرع إنما لحظ من هذه المنافع ما يستوفى فى الغالب ، أو يكون استيفاؤه وعدم استيفائه على السواء[5] » ، ثم إن حاجة الناس إلى الإجارة كحاجتهم إلى البيع ، والعقد على المنافع لا يمكن بعد وجودها ، لأنها تتلف بمضى الساعات ، فلا بد إذن من العقد عليها قبل وجودها كالسلم فى الأعيان[6] . ولاعبرة بخلاف هؤلاء لصحة الإجماع قبلهم[7] .

أثر الغرر فى الإجارة :

يؤثر الغرر فى الإجارة كما يؤثر على البيع ، فلا يصح تعليقها ، كما لا يصح

---

(١) بداية المجتهد ٢ : ٢٢٠ ، والمغنى ٥ : ٣٩٧ ، والبحر الزخار ٤ : ٢٩

(٢) بداية المجتهد ٢ : ٢٢٠ ، والمحلى ٨ : ١٨٢ ، والبحر الزخار ٤ : ٢٩

(٣) البحر الزخار ٤ : ٢٩

(٤) بداية المجتهد ٢ : ٢٢٠ وانظر أيضا البدائع ٤ : ١٧٣

(٥) بداية المجتهد ٢ : ٢١٠

(٦) المغنى ٥ : ٣٩٨

(٧) البحر الزخار ٤ : ٣٠

تعليق البيع[١] ، غير أن الإجارة تختلف عن البيع فى أنها تصح مضافة إلى الزمن المستقبل عند جمهور الفقهاء[٢] على عكس ما تقدم فى البيع من أنه لا يصح مضافًا ، لما فى ذلك من الغرر ، ولاعتبارات أخرى[٣] .

وإنما صحت الإجارة مع الإضافة ، لأنها لا يمكن التمليك فيها فى الحال ، فهى عقد على المنفعة ، والمنفعة لا توجد دفعة واحدة ، فالإضافة تتفق مع حقيقة الإجارة ، بخلاف البيع فإنه يمكن فيه التمليك فى الحال فلا حاجة إلى إضافته ؛ ولهذا لم تصح[٤] .

وجوز الشافعية الإضافة فى الإجارة الواردة على الذمة[٥] ، كأن يقول شخص لآخر : ألزمت ذمتك حمل هذا المتاع إلى مكة غرة شهر رمضان ؛ لأن الدين يقبل التأجيل ،ومنعوها فى الإجارة الواردة على العين ، كما لو قال: أجرتك هذه الدارسنة تبدأ من الغدِ ، لأن الأعيان لاتقبل التأجيل ، ويستثنى من هذا ما لو أجرت العين لمستحق منفعتها قبل انتهاء مدتها مدة أخرى تبدأ بعد إنتهاء المدة الأولى مباشرة ، كما لو كانت الدار مؤجرة لشخص مدة سنة ، أو موصى له بمنفعتها سنة،فاستأجرها من مالك الرقبة سنة أخرى قبل انقضاء السنة الأولى فإن الإجارة تجوز على الأصح ؛ لأنها تكون كما لو أجر السنتين من أول

---

(١) ابن عابدين ٤ : ٣١٠ والفروق : الفرق الخامس والأربعون ١ : ٢٢٩ ، والبحر الزخار ٤ : ٣٤ ، ومغنى المحتاج ٢ : ٣٣٨

(٢) ابن عابدين ٤ : ٣٢٣ ، ونقل ابن عابدين عن جامع الفصولين أن فى جواز إضافة الإجارة خلافا،والمختار أنها تجوز ، والمغنى ٥ : ٤٠٠ ، وبداية المجتهد ٢ : ٢٢٦

(٣) انظر ص ١٤٦ — ١٤٩

(٤) ابن عابدين ٤ : ٣٢٤

(٥) الإجارة عند الشافعية قسمان : إجارة واردة على عين ، كإجارة دابة معينة ، وإجارة واردة على الذمة ، كاستئجار دابة موصوفة لحمل مثلا ، وكإلزام ذمة شخص عملا معينا .

الأمر[١] ، ومنع الظاهرية أيضا الإضافة فى الإجارة ، لما فى التأخير من الغرر[٢]

هذا بالنسبة للغرر فى الصيغة ، أما بالنسبة للغرر فى محل العقد فلا فرق بين البيع والإجارة فى الجملة ؛ ولهذا يشترط فى محل الإجارة ما يشترط فى محل البيع ، فلا بد من أن تكون الأجرة والمنفعة معلومتين ، لأن جهالتهما تفضى إلى الغرر[٣] ، وقد جاء فى حديث أبى سعيد أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن استئجار الأجير حتى يبين له أجره[٤] .

ويقول الإمام مالك : الأجير لا يستأجر إلا بشىء مسمى ، لا تجوز الإجارة إلا بذلك ، وإنما الإجارة بيع من البيوع ، إنما يشترى منه عمله ، ولا يصلح ذلك إذا دخله غرر ؛ لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر[٥] والعلم بالمنفعة يختلف باختلاف نوعها واختلاف العين المستأجرة[٦] .

ويشترط العلم بالأجل فى الإجارة المؤجلة ، فلا تصح الإجارة مع جهالة الأجل ، على نحو ما تقدم فى البيع[٧] .

وخالف ابن حزم جمهور الفقهاء هنا فى التأجيل نفسه فقال : لا يجوز اشتراط التأجيل مطلقا ، لا فى الأجرة ، ولا فى الشىء المستأجر ، ولا فى العمل المستأجر له طرفة عين ، لأنه شرط ليس فى كتاب الله ، أما إن كان التأخير بلا شرط فلا بأس[٨] .

---

(١) مغنى المحتاج ٢ : ٣٣٨ (٢) المحلى ٨ : ١٨٤ ، وانظر آخر الصفحة

(٣) جامع الفصولين ٢ : ٣٣ ، والقوانين الفقهية ٢٦٥ والشرقاوى على التحفة ٢ : ٨٥ والمغنى ٥ : ٤٠٤ والبحر الزخار ٤ : ٣٤ و ٥١ والمحلى ٨ : ١٨٣

(٤) نيل الأوطار ٦ : ٣٣ (٥) الموطأ بهامش المنتقى ٥ : ١٢٦

(٦) بداية المجتهد ٢ : ٢٢٦ ، والمهذب ١ : ٤٠١ ، والبحر الزخار ٤ : ٣١ و ٣٩ — ٤٥ ، والمغنى ٥ : ٤٠٢ و ٤١٢ و ٤٢٢ و ٤٤١ و ٤٦٧ ، والبدائع ٤ ، ١٧٩ وما بعدها .

(٧) ابن عابدين ٤ : ٣١ (٨) المحلى ٨ : ١٨٣ — ١٨٤

ولا بد من أن يكون محل الإجارة مقدوراً على تسليمه ، فلا تجوز إجارة متعذر التسليم حسا ، كإجارة البعير الشارد ، أو شرعا ، كإجارة الحائض لكنس المسجد ، والطبيب لقلع سن صحيح ، والساحر على تعليم السحر(١) .

ويشترط فى محل الإجارة ألا يكون مجهول الوجود ، كما تقدم فى البيع ، فلا تصح الإجارة بما تلده هذه الناقة ، أو بما تثمره هذه الشجرة ، ونحو ذلك ؛ لما فيه من الغرر ، غير أن الظاهرية يجوزون الاستئجار بكل ما يحل ملكه ، وإن لم يحل بيعه ، ولهذا فقد جوزوا أن تكون الأجرة ثمرة قد ظهرت ، ولم يبد صلاحها ؛ لأن الحديث نهى عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ، « وقياس الإجارة على البيع باطل ، لو كان القياس حقا ، فكيف وهو كله باطل » كما يقول ابن حزم(٢) .

ويختلف الفقهاء فى تأثير عدم رؤية العين المستأجرة فى صحة الإجارة كما يختلفون فى تأثيره على البيع(٣) .

القانون

نظرة القانون للغرر بالنسبة للإيجار وسائر عقود المعاوضات هى نظرته له بالنسبة لعقد البيع ، فالقواعد العامة التى تطبق على البيع تطبق على العقود الأخرى ، إلا إذا أبت طبيعة العقد ذلك .

فعقد الإيجار كالبيع ، يصح فى القانون إضافته وتعليقه ، فالقانون يتفق

---

(١) البحر الزخار ٤ : ٣١ ، وانظر ما تقدم من الأمثلة فى ص ٣٥٢ وانظر أيضا البدائع ٤ : ١٨٧ ، والدسوقى على الشرح الكبير ٤ : ١٩ وتحفة المحتاج مع حاشية الشروانى ٥ : ٢٨٨

(٢) المحلى ٨ : ١٩١ و ١٩٩

(٣) المهذب ٢ : ٤٠٠ ، والبحر الزخار ٤ : ٤٥

مع الفقه الإسلامى ، على رأى الجمهور، فى جواز إضافة الإجارة ، ويختلف معه فى جواز تعليقها .

ويشترط القانون فى الشىء المؤجر أن يكون موجوداً أو ممكن الوجود ، وأن يكون معينا أو قابلا للتعيين ، وكذلك الحال بالنسبة للأجرة ، غير أن المتعاقدين إذا لم يتعرضا لتحديد الأجرة لا يبطل الإيجار ، وإنما يجب أجر المثل ، فقد جاء فى المادة (٥٦٢) ما يأتى :

« إذا لم يتفق المتعاقدان على مقدار الأجرة أو على كيفية تقديرها، أو إذا تعذر إثبات مقدار الأجرة وجب اعتبار أجرة المثل » .

ومدة الإجارة لا بد أن تكون معينة كما يستفاد من تعريف الإيجار [(١)] ، غير أن عدم تعيين المتعاقدين للمدة لا يبطل العقد ، لأن القانون تكفل بتحديدها فى المادة (٥٦٣) التى تنص على أنه : « إذا عقد الإيجار دون اتفاق على مدة أو عقد لمدة غير معينة ، أو تعذر إثبات المدة المدعاة ، اعتبر الإيجار منعقداً للفترة المعينة لدفع الأجرة... » [(٢)]

هذا بالنسبة للإجارة بصفة عامة .

ونذكر فيما يلى بعض أنواع الإجارات ، لنتبين منها مدى اختلاف الفقهاء فى تطبيق قاعدة أثر الغرر فى الإجارة .

---

(١) الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشىء معين مدة معينة لقاء أجر معين : المادة (٥٥٨) .

(٢) انظر تفصيل ما تقدم فى الوسيط للدكتور السنهورى ٦: ٨٧ — ٨٩ ، ١٢٦ — ١٢٨ و ١٤٠ — ١٧١ وعقد الإيجار للأستاذ الدكتور عبد المنعم فرج الصده ٨٢ — ٨٥، ٨٨ — ٩٢ و ٩٤ — ١٠١ وشرح العقود المدنية للأستاذ الدكتور جميل الشرقاوى ١ : ٣٦٩ — ٣٧٢ و ٣٩٤ — ٤٠٥ .

بعض أنواع الإجارات

١- إجارة الأرض

اختلف الفقهاء فى جواز إجارة الأرض ، فقال بعضهم : لا تجوز إجارة الأرض مطلقا ،لا بالدراهم والدنانير ،ولا بغيرها ، ولا يجوز فى الأرض إلا المزارعة والمغارسة ، أى أن يعطى صاحب الأرض أرضه لمن يزرعها بجزء مسمى مما يخرج منها ، النصف أو الثلث ، أو الربع ، وهذا هو مذهب ابن حزم وقال : إنه رأى جابر ، ورافع بن خديج ، وابن عمر ، وطاوس ، ومجاهد ، والحسن ، وعطاء ، ومسروق ، والشعبى ، وابن سيرين ، والقاسم بن محمد[١] ، وقال جمهور الفقهاء : إجارة الأرض جائزة ، ولكنهم اختلفوا فيما تجوز إجارتها به ، فقال قوم : تجوز إجارة الأرض بكل شىء إلا بما يخرج منها ، فتجوز إجارتها بالدراهم والدنانير ، وغيرها ، ولا تجوز فيها المزارعة على عكس رأى الظاهرية ، وهذا هو رأى أبى حنيفة[٢] ، وظاهر قول مالك فى الموطأ[٣] ، وهو مذهب الشافعى ، والشيعة الزيدية[٤] ، وقول سالم بن عبدالله[٥] .

وقال قوم: تجوز إجارتها بكل شىء إلا بما ينبت فيها ، وإلا الطعام وإن لم يكن خارجا منها ، وهو مذهب مالك وأكثر أصحابه[٦] .

---

(١) المحلى ٨ : ١٩٠ و٢١١ و٢١٣

(٢) ابن عابدين ٥ : ٢٤ و٢٣٩

(٣) بداية المجتهد ٢ : ٢٢١

(٤) البحر الزخار ٤ : ٣٨ و٥١

(٥) بداية المجتهد ٢ : ٢٢١

(٦) بداية المجتهد ٢ : ٢٢١ ، وجاء فى ص ٢٢٢ أن هذا قول مالك ، وكل أصحابه ، وانظر القوانين الفقهية ٢٦٨.

وقال قوم : تجوز إجارتها بكل شيء ، ولو كان جزءاً مما يخرج منها ، وهو رأى أبى يوسف ومحمد[١] ، ومذهب أحمد[٢] ، وقول الثورى ، والليث ، والأوزاعى ، وابن أبى ليلى[٣] . وأخذ به بعض الأندلسيين مخالفين لمالك[٤] .

وقال آخرون : تجوز إجارتها بالدراهم والدنانير خاصة ، ولا تجوز بغيرها ، وهو رأى ربيعة ، وسعيد بن المسيب[٥] .

وسبب هذا الاختلاف بين الفقهاء أنه قد وردت أحاديث كثيرة فى كراء الأرض ، وفى المزارعة ، والمخابرة ، والمحاقلة ، فتباينت وجهات النظر فى فهم تلك الأحاديث والعمل بها ، وتمسك كل فريق بما رجح عنده[٦] .

وتمسك المانعون لإجارة الأرض ، زيادة على تمسكهم بعموم الأحاديث التى تنهى عن كراء الأرض ، بأن فى إجارة الأرض بأجر يلتزم به المستأجر غرراً ، لأنه قد يصيب الزرع جائحة من نار أو قحط أو غرق فيكون المستأجر قد دفع ماله ولم ينتفع بشيء[٧] .

---

(١) ابن عابدين ٥ : ٢٢٩

(٢) المغنى ٥ : ٣٨٢و٣٩٤ ــ ٣٩٦ المنصوص عن أحمد جواز إجارة الأرض بجزء مشاع مما يخرج منها وهو قول أكثر أصحابه ، واختار أبو الخطاب عدم الجواز ، قال ابن قدامة : وهو الصحيح .

(٣) بداية المجتهد ٢ : ٢٢١

(٤) القوانين الفقهية ٢٦٨

(٥) بداية المجتهد ٢ : ٢٢١ ، وفى القوانين الفقهية أن سعيداً يجوز كراء الأرض بجزء مما يخرج منها .

(٦) انظر بداية المجتهد ٢ : ٢٢١ ــ ٢٢٣ ، والمغنى ٥ : ٣٨٣ ــ ٣٨٧ ، والمحلى ٨ : ٢١١ ــ ٢٢٤

(٧) بداية المجتهد ٢ : ٢٢١

وتمسك من منع إجارتها بنسبة معينة مما يخرج منها ، بأن الأجرة مجهولة ؛ لأن ما تخرجه الأرض غير معلوم الصفة ، ولا القدر ، ولا مرئى[1] ، وفى هذا غرر يمكن تجنبه بكراء الأرض بأجر معلوم .

يقول الإمام مالك فى ذلك : « فأما الرجل يعطى أرضه البيضاء بالثلث أو الربع مما يخرج منها ، فذلك مما يدخله الغرر ؛ لأن الزرع يقل مرة ، وربما هلك رأسا ، فيكون صاحب الأرض قد ترك كراء معلوما يصلح له أن يكرى أرضه به ، وأخذ أمراً غرراً لا يدرى أيتم أم لا ، فهذا مكروه . وإنما مثل ذلك مثل رجل استأجر أجيراً لسفر بشىء معلوم ثم قال الذى استأجر الأجير : هل لك أن أعطيك عشر ما أربح فى سفرى هذا إجارة لك ؟ فهذا لا يحل ولا ينبغى »[2] .

فالإمام مالك لا يرى فى كراء الأرض للزرع بأجر معلوم غرراً ، ويرى فى المزارعة غررا مانعا من صحة العقد ، والحق أن فى كل منهما غررا ، فى الكراء غرر كما يقول المانعون للكراء ، وفى المزارعة غرر كما يقول مالك ، والمزارعة فى رأيى أبعد عن الغرر من الكراء ؛ لأن المتعاملين فى المزارعة إما أن يغنما معا ، أو يغرما معا ، وهذا أعدل من أن يحصل أحدهما على شىء مضمون ، ويبقى الآخر تحت الخطر .

وقد استعرضت كل الأحاديث الواردة فى هذا الموضوع[3] ، وخرجت منها بأن إجارة الأرض جائزة بكل شىء من الدراهم والدنانير وغيرها ،

---

(١) المنتقى على الموطأ ٥ : ١٣٢ ، والبحر الزخار ٤ : ٥١ ، والمغنى ٤ : ٣٩٦

(٢) الموطا بهامش المنتقى ٥ : ١٣٢

(٣) انظر هذه الأحاديث فى منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٦ : ٧ وما بعدها

وجائزة أيضا بنسبة معينة مما يخرج منها ، وهى المزارعة،وأن المزارعة أولى من إجارة الأرض للزرع ، وأن الإجارة الممنوعة التى ورد النهى عنها هى ما كانت الأجرة فيها ما ينبته جزء معين من الأرض المستأجرة ، أو كانت الأجرة فيها نسبة معينة على أن يكون لصاحب الأرض نصيب مستثنى لا يشاركه فيه المستأجر ، وذلك لأن هذا النوع من المعاملة فى زراعة الأرض فيه غرر ظاهر ، وقد كان متعارفا عندهم، فنهاهم النبى صلى الله عليه وسلم عنه، بل جاء فى بعض الروايات أنهم ما كانوا يكرون الأرض إلا على هذا النحو .

وهذا الرأى الذى رجحته هو الذى يحصل به التوفيق بين الأحاديث جميعها ، ويتفق مع نظرية الغرر ، وهو رأى رافع بن خديج راوى حديث النهى عن كراء الأرض .

٢ ـ المزارعة

يستفاد من الأحكام التى ذكرتها فى إجارة الأرض أن المزارعة ، وهى عقد بين مالك الأرض ومزارع على أن يزرعها بنسبة معينة من الخارج منها ، أو بعبارة أخرى ، إجارة الأرض ببعض الخارج منها ، لا تجوز عند كثير من الفقهاء ، منهم أبو حنيفة، والمالكية ، والشافعية ، وكرهها عكرمة ، ومجاهد ، والنخعى[1] ، وتجوز عند الصاحبين وابن أبى ليلى ، والحنابلة ، وقد زارع جماعة من الصحابه ، بل إن ابن قدامة ذكر أن الصحابة أجمعت على العمل بها[2].

والفتوى فى مذهب الحنفية على رأى الصاحبين ، وجاء فى ابن عابدين

---

(١) المغنى ٥ : ٣٨٣

(٢) المغنى ٥ : ٣٨٢

أن الإمام أبا حنيفة فرع مسائل كثيرة من المزارعة على قول من جوزها ، لعلمه أن الناس لا يأخذون بقوله [١].

وقد نص القانون المصرى على جواز المزارعة ، سواء كانت فى أرض خالية من الشجر ، أو فى أرض عليها شجر ، فقد جاء فى المادة (٦١٩) من التقنين المدنى المصرى ما يأتى : « يجوز أن تعطى الأرض الزراعية والأرض المغروسة بالأشجار مزارعة للمستأجر فى مقابل أخذ المؤجر جزءاً معينا من المحصول ».

٣ ـ المساقاة

تعريفها ومشروعيتها :

المساقاة عقد على دفع الشجر إلى من يقوم عليه نظير حصة شائعة معينة من الثمر ، فالمساقاة تشبه المزارعة ، فى أن الأجرة فى كل منهما نسبة معينة من الغلة ، غير أن المزارعة تكون فى الأرض ، والمساقاة تكون فى الشجر ، ولذا قال الفقهاء : إن كلا من المزارعة والمساقاة إجارة فى الابتداء ، وشركة فى الانتهاء .

وقال ابن حزم : ليست المزارعة ، ولا إعطاء الشجر ببعض ما يخرج منه إجارة ، جريا على مذهبه من أن التسمية إنما هى لرسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربه ، ولهذا لم يشترط فيهما ما يشترط فى الإجارة كما سنرى [٢].

ويقول ابن تيمية : إن المزارعة ، والمساقاة من جنس المشاركة ، لا من جنس الإجارة التى هى معاوضة محضة ، ومن هنا لم يوافق على ما ذهب إليه كثير من الفقهاء من قياسهما على الإجارة الخاصة ، ومنعهما للغرر الناشىء عن جهالة العوض ، أو تجويزهما للحاجة ، استثناء من الإجارة المجهولة ، ويرى ابن تيمية : أن المزارعة والمساقاة جائزتان قياسا ، لا استثناء من تحريم بيع الغرر ؛

---

(١) ابن عابدين ٥ : ٢٣٩

(٢) المحلى ٨ : ٢٢٠

لأن الغرر إنما حرم بيعه فى المعاوضة ، لأنه أكل مال بالباطل ، وفى المزارعة والمساقاة لا يأكل أحدهما مال الآخر ،لأنه إذا لم ينبت الزرع ، فانه لا يحصل أحدهما على شيء بخلاف بيع الغرر ، وإجارة الغرر ، فإن أحد المتعاقدين يأخذ شيئا ، والآخر يبقى تحت الخطر ، فيفضى إلى ندم أحدهما وخصومتهما . وهذا المعنى منتف فى هذه المشاركات التى مبناها على المعادلة المحضة التى ليس فيها ظلم ألبتة ، لا فى غرر ، ولا فى غير غرر[1] .

والمساقاة جائزة عند جمهور الفقهاء[2] ، لتعاقد النبى صلى الله عليه وسلم مع أهل خيبر على أن يكفوه العمل ، ولهم نصف الثمرة[3] ، ولأن فيها دفعا لحاجة صاحب الشجر العاجز عن عمارته ، وحاجة من لا شجر له وهو محتاج إلى الثمر[4] ، ومنع أبو حنيفة المساقاة كما منع المزارعة ، لأنها إجارة بأجرة مجهولة[5] ، ومنعها أيضا الزيدية[6] .

وهى عند الجمهور مستثناة بالسنة من الإجارة المجهولة ، ومن بيع ما لم يخلق[7] .

---

(١) القواعد النورانية الفقهية ١٥٩ ـ ١٨٤ ، وانظر على الخصوص ١٥٩ و١٦٥ و١٦٦ و١٦٩ و١٨٠ و١٨٣ و١٨٤

(٢) ابن عابدين ٥:٢٤٨ ، وبداية المجتهد ٢:٢٤٤ ، والمغنى ٥:٣٦٠ ، والمحلى ٨:٢٢٩ ويسميها ابن حزم : المعاملة فى الثمار .

(٣) انظر الموطأ ٥:٣٦٠ ، ومنتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٦:٧ والخراج لأبى يوسف ٨٨ ـ ٩١ .

(٤) المغنى ٥:٣٦١

(٥) ابن عابدين ٥:٢٤٨ ، والخراج لأبى يوسف ٨٨

(٦) البحر الزخار ٤:٦٨

(٧) بداية المجتهد ٢:٢٤٤

ويفرق الإمام مالك بين المساقاة فى النخل، والمساقاة فى الأرض البيضاء - المزارعة - حيث جازت الأولى، ولم تجز الثانية، بأن صاحب النخل لا يقدر على أن يبيع منفعتها المقصودة منها، وهى الثمرة على الوجه المعتاد ما لم يبد صلاحها، ولهذا جوز له أن يتعامل فيها بالمساقاة، أما صاحب الأرض البيضاء فإنه يقدر على بيع منفعتها المقصودة منها، وهى الزراعة فيها، بأن يكريها بالدراهم والدنانير وما أشبه ذلك، وهى أرض بيضاء، فلهذا لم يجز له أن يساقى عليها[1].

ويشترط فى المساقاة خلوها من الغرر كالإجارة، والبيع، فلا بد فيها من العلم بالشجر المساقى عليه، فإن ساقاه على شجر مجهول لم يصح كالبيع[2].

ويشترط فى المساقاة أن تكون مدتها معلومة، غير أن الظاهرية قالوا: لا يحل عقد المساقاة والمزارعة إلى أجل مسمى، فلا بد عندهم من أن يكون العقد مطلقا غير مؤقت، لأن الرسول تعاقد هكذا مع أهل خيبر[3]، وقال الجمهور: لا يجوز أن تكون المساقاة غير موقتة، لما فى ذلك من الغرر[4]، وأجازها أبو ثور وبعض أهل الكوفة من غير ذكر مدة، وتقع على سنة واحدة، لأن اشتراط جزء من الثمرة دليل على إرادة مدة تحصل فيها الثمرة[5]

---

(١) الموطأ مع المنتقى ٥:١٣٢ ـ ١٣٤

(٢) المغنى ٥: ٣٦٨

(٣) المحلى ٨ : ٢٢٥ و ٢٣٢

(٤) بداية المجتهد ٢:٢٤٩ ، والمغنى ٥:٣٧٢

(٥) المغنى ٥ : ٣٧٢

٤ ـ المعاملة فى الأرض والشجر معا

إذا كان فى الأرض شجر وبينه بياض أرض، فان التعامل فيها يمكن أن يتخذ أحد الأشكال الآتية :

١ ـ المساقاة على الشجر، والمزارعة فى الأرض التى بينه، وهذه معاملة جائزة عند من يجوز المزارعة والمساقاة[١].

٢ ـ المساقاة على الشجر وإجارة الأرض، وهذه معاملة جائزة أيضا عند من يجوز المساقاة وإجارة الأرض[٢].

٣ ـ إجارة الأرض والشجر معا، أى أن يكون للمستأجر حق الانتفاع بالأرض بزراعتها، وبالشجر بأخذ ثمره.

اختلف الفقهاء فى جواز هذه المعاملة، فقال الحنفية : لا يجوز ذلك مطلقا لأن الثمر عين لا يجوز استحقاقه بالإجارة[٣]، وقال الشافعية : إذا كان الثمر قد بدا صلاحه فلا بأس بذلك، أما إذا لم يبد صلاحه فلا يجوز، لأن الإجارة انعقدت عقدة واحدة على حلال ومحرم، فالحلال الكراء. والحرام ثمر النخلة، فإنه فى حكم بيع الثمرة قبل بدو صلاحها[٤].

وفرق المالكية بين الشجر القليل والكثير، فقالوا : إن كان الشجر قليلا بحيث يشغل ثلث الأرض فأدنى، فالإجارة صحيحة، أما إن كان الشجر

---

(١) المغنى ٥ : ٣٨٧

(٢) المصدر السابق ٣٨٨

(٣) المبسوط ١٦ : ٣٢

(٤) الأم للشافعى ٣ : ٢٤٤

يشغل أكثر من الثلث فالإجارة فاسدة[١]. وذكر أبو عبيد: أن المنع من إجارة الأرض التى فيها شجر كثير إجماع[٢].

والمشهور من مذهب أحمد عدم الجواز ، وفى المذهب قول بالجواز إذا كان البياض الثلثين فأكثر ، كرأى المالكية .

ويرى ابن عقيل جواز استئجار الأرض التى فيها شجر ، ودخول الشجر فى الإجارة مطلقا ، وحجته أن إجارة الأرض جائزة ، ولا يمكن إجارتها إذا كان فيها شجر إلا بإجارة الشجر ؛ لأن المستأجر لا يتبرع بسقى الشجر وقد لا يساق عليها ،وما لا يتم الجائز إلا به فهو جائز ، فتكون إجارة الشجر جائزة تبعا لإجارة الأرض ، كما جوز المزارعة بعض من يمنعها إذا كانت تبعا للمساقاة[٣].

وهذه الصورة من المعاملة هى — عند جمهور الفقهاء — إجارة ، وبيع : إجارة للأرض البيضاء ، وبيع للثمر ، ومن هنا جاء منعها ، لأنها تدخل فى بيع الغرر ،فهى من بيع الثمر قبل أن يخلق ، ومن بيع السنين ، ولهذا أجازها الشافعى إذا كان الثمر قد بدا صلاحه .

رأى ابن تيمية :

تناول ابن تيمية هذه المسألة بالبحث فى فصل طويل[٤] وقال : إنها مما عمت

---

(١) المدونة ١١ : ١٩٦

(٢) القواعد النورانية الفقهية ١٤٠

(٣) القواعد النورانية الفقهية ١٣٨ و١٤٠ و١٤١

(٤) انظر القواعد النورانية الفقهية ١٣٧ـ١٥٣

به البلوى فى كثير من بلاد الإسلام ، أو أكثرها لا سيما دمشق ، وأيد الرأى القائل بالجواز ، وقال « إن هذا القول كالإجماع من السلف ، وإن كان المشهور عن الأئمة المتبوعين خلافه »[1]

واستدل ابن تيمية لرأيه بما يأتى

١ — ما روى من « أن أسيد بن حضير توفى وعليه ستة آلاف درهم ، فدعا عمر بن الخطاب غرماءه فقبلهم أرضه سنين وفيها النخل والشجر » .

وما فعله عمر أيضا من ضرب الخراج على أرض السواد وغيرها ، فأقر الأرض التى فيها النخل والعنب فى أيدى أهل الأرض ، وجعل على كل جريب من جرب الأرض السواد والبيضاء خراجا مقدرا .

فهذه المخارجة تجرى مجرى المؤاجرة ، لأن الخراج أجرة الارض ، وهذا هو اجارة الأرض التى فيها شجر ، وقد أجمع عليه عمر والمسلمون فى زمانه وبعده[2] .

٢ — إكراء الشجر للاستثمار لا يدخل فى بيع الثمر قبل أن يخلق ، وإنما يجرى مجرى إكراء الأرض للازدراع ، واستئجار الظئر للرضاع ، وذلك أن الفوائد التى تستحق مع بقاء أصولها تجرى مجرى المنافع ، وإن كانت أعيانا ، وذلك كثمر الشجر ولبن الآدميات والبهائم والصوف والماء العذب فإنه كلما خلق من هذه شىء فأخذ خلق الله بدله مع بقاء الأصل كالمنافع سواء فاكتراء الشجر لأن يعمل عليها ويأخذ ثمرها بمنزلة استئجار الظئر لأجل لبنها .

---

(١) المصدر السابق ١٤٠ و١٤٣

(٢) المصدر السابق ١٤٠ و١٤١

ويفرق ابن تيمية بين بيع الثمر قبل بدو صلاحه المنهى عنه ، وكراء الشجر لأجل الثمرة ، بأنه إذا كان صاحب الشجر هو الذى يسقيها ويتعهدها حتى تصلح الثمرة ، فهذا بيع ثمرة محضة ، وأما إذا كان المالك يعطى الشجر لمن يحصل ثمرها بعمله وسقيه فهذا كراء للشجر [1]

٣ — الحاجة تدعو إلى هذه المعاملة ، وفى منعها ضرر شديد وحرج على المسلمين ، وهو منتف شرعا ، فينبغى أن تجوز هذه المعاملة لأجل الحاجة ، وإن كان فيها غرر يسير ؛ وذلك لأن إكراء الأرض وحده لايقع فى العادة ، وإن وقع كان بنقص كثير عن قيمته ، ثم إن الأرض إذا أكريت وحدها ، وبقى الشجر لم يكن المكترى مأمونا على الثمر ، فيفضى إلى اختلاف الأيدى وسوء المشاركة [2] ، ويقول ابن تيمية : إن المانعين من هذا هم بين مرتكب لما يظنه حراما ، وصابر متضرر ، ومحتال على الجواز ، كما فعل الكوفيون تارة بإجارة الأرض ، بجميع الأجرة وإباحة الثمر ، وتارة بأن يكريه الأرض بجميع الأرض ، ويساقيه على الشجر بالمحاباة ، مثل أن يساقيه على جزء من ألف جزء من الثمرة للمالك ، وهذا برهان على أن الحاجة ماسة إلى هذه المعاملة .

رأيى :

وأرى جواز هذه المعاملة إذا كان الشجر قليلا بحيث لا يكون هو المقصود من العقد ، لأنه إذا كان بهذه المثابة يكون المقصود إجارة الأرض

---

(١) المصدر السابق ١٤٩ و ١٥٠

(٢) المصدر السابق ١٤٧ ، وقارن ما كتبه الشيخ محمد بن يوسف أطفيش فى شرح كتاب النيل ٤ : ٦٢ — ٦٣

ويكون الشجر تابعا للأرض ، فيكون الغرر الذى فيه مغتفرا ، لأنه يغتفر فى التابع مالا يغتفر فى الأصل .

أما إذا كان الشجر كثيرا بحيث يكون الثمر هو المقصود لا الأرض ، أو يكون كل منهما مقصودا ، فالقياس يقتضى منع هذه الإجارة ، لأن الشجر لايمكن أن يعتبر تابعا للأرض فى هذه الحالة فتئول المسألة إلى بيع الثمر قبل أن يخلق ، وفى ذلك غرر كثير يجب تجنبه ، ولكن الحاجة تدعو إلى كراء الشجر للثمر ، كما دعت إلى كراء الأرض للزرع ، فينبغى إذاً أن يجوز كراء الشجر ، كما جاز كراء الأرض مع ما يتضمنه من بيع للزرع قبل ظهوره للحاجة ، على أنى أرى أن الأولى فى هذه الحالة هى المساقاة على الشجر ، والمزارعة فى البياض ، وهذا هو مافعله الرسول صلى الله عليه وسلم مع أهل خيبر فإنه أعطاهم الأرض بشطر ما يخرج منها من ثمر ، وزرع ، ولم يكرها لهم .

٥ ـ الإجارة التى يكون المستحق فيها عينا

الإجارة كما هو معروف لاتصلح سببا لتملك الأعيان ، ولهذا كانت القاعدة العامة عند الفقهاء أن كل إجارة يكون المعقود عليه فيها عينا لا تجوز ، لأنها تخرج حينئذ من الإجارة إلى البيع ، ويجب أن تتوافر فيها شروط البيع ، ولكن لهذه القاعدة استثناءات بعضها متفق عليه ، وبعضها مختلف فيه ، وسنتكلم فيما يلى عن أربع من هذه المسائل ليتضح لنا تطبيق الفقهاء لهذه القاعدة والمسائل هى :

١ — إجارة الظئر .

٢ — إجارة الغنم للبن .

٣ — إجارة الفحل للضراب .

٤ — إجارة الشجر للثمر .

١ — **إجارة الظئر** :[١]

أجمع العلماء على جواز استئجار الظئر ؛ لقوله تعالى : « فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن »[٢] وقد استرضع النبى صلى الله عليه وسلم لولده إبراهيم[٣]

والمعقود عليه فى إجارة الظئر اللبن عند أكثر العلماء ؛ ولهذا قالوا : إنها جازت استحسانا[٤] ، أو على سبيل الرخصة[٥] ؛ لأنها ترد على استهلاك العين .

وقال بعض العلماء المعقود عليه فى إجارة الظئر هو خدمة الصبى وحمله ، أما وضع الثدى فى فمه فيأتى تبعا ، كالصبغ فى إجارة الصباغ ؛ وكماء البئر فى إجارة الدار[٦] ، وهذه محاولة منهم الغرض منها أن يقولوا إن هذه إجارة على منفعة كسائر الإجارات ، وليست إجارة على العين ، وهذا ، كما يقول ابن تيمية : « مكابرة للعقل والحس ، فإنا نعلم بالاضطرار أن المقصود بالعقد اللبن كما ذكره الله بقوله : « فإن أرضعن لكم »[٧]

---

(١) الظئر هى المرضعة

(٢) سورة الطلاق : ٦

(٣) المغنى ٥ : ٤٥٣ ، والمحلى ٨ : ١٨٩ والبحر الزخار ٤ : ٤٦

(٤) ابن عابدين ٥ : ٤٤

(٥) المغنى ٥ : ٤٥٤ ، وانظر أيضا الخرشى ٧ : ٢١

(٦) المغنى ٥ : ٤٥٤

(٧) القواعد النورانية الفقهية ١٥٠ وانظر المدخل للفقه الإسلامى للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ففيه بيان حكم التعاقد على لبن المرضع .

٢ — اجارة الشاة للبن :

لاتجوز إجارة الشاة للبن سواء أجرها لشرب لبنها أو ليسترضعها السخالة[١] لأنها «إجارة على إتلاف العين »، كما يقول ابن عابدين ؛ ولأن الإجارة إنما هى فى المنافع خاصة لا فى تملك الأعيان ، وهذا تملك اللبن ، وهو عين قائمة فهو بيع لا إجارة ، وبيع مالم ير قط ولا تعرف صفته باطل »، كما يقول ابن حزم ؛ ولأنه « بيع معدوم » ، كما يقول المرتضى .

ويلاحظ أن ابن عابدين يعلل المنع بأن فى هـذه الإجارة إتلافاً للعين ، وهذا تطبيق حرفى للقاعدة ، أما ابن حزم والمرتضى فيعللان المنع بأن هذه الإجارة صارت بيعا ، والمبيع هنا لا يصلح محلا للبيع .

راى المالكية :

تقدم فى الكلام عن بيع اللبن فى الضرع أن المالكية يجوزون بيعه بشروط خاصة تباعد بينه وبين الغرر[٢] ، أما إجارة الشاة للبنها فلا تجوز ، لأن فيه استيفاء عين قصدا[٣] ، إلا إذا اكترى البقرة تحرث له أو يستقى عليها الأشهر وهى حلوب ، واشترط حلابها فقد قال مالك : إن كان قد عرف حلابها فلا بأس[٤] .

---

(١) ابن عابدين ٥ : ٤٤ و٧٨ ، والمحلى ٨ :١٨٩ ، والبحر الزخار ٤ : ٣١ والمغنى ٥ : ٤٥٥ و٥٠١ والسخالة صغار الغنم

(٢) انظر ص ٢٥٢

(٣) الدسوقى على الشرح الكبير ٤ : ٢٠ ، والخرشى ٧ : ٢٠

(٤) المدونة ١٠ : ١٣٠ وقارن المحلى ٨ : ١٨٩ فقد نسب فيه ابن حزم إلى مالك جواز إجارة القطيع من ذوات اللبن للحلب ومنع إجارة الشاة والشاتين ، وشنع عليه فى ذلك كعادته ، ولم أر ما نسبه ابن حزم لمالك فى كتاب من كتب المالكية ، ولعل الأمر اشتبه عليه فخلط بين ما قاله مالك فى البيع وما قاله فى الإجارة .

فالعلة فى منع الإجارة ليست الغرر ، وإنما هى أن اللبن عين لا يصلح أن يستوفى بالإجارة ، وإنما جوز مالك كراء البقرة للحرث ، واشتراط حلابها ؛ لأن المقصود من الكراء هنا المنفعة ، وهى الحرث ، واللبن دخل تبعا ، فجاز استيفاؤه بالإجارة ؛ لأنه يغتفر فى التابع مالا يغتفر فى الأصل ، ومع ذلك فقد اشترط مالك معرفة مقدار ماتحلبه البقرة تجنبا للغرر .

٣ ـ إجارة الفحل للضراب

لا يجوز عند أكثر الفقهاء إجارة الفحل للضراب ؛ عملا بالأحاديث الواردة فى النهى عن عسب الفحل [١] ؛ لأنها تصدق على البيع والإجارة معا [٢] .

وعلل ابن عابدين المنع بأن هذه إجارة على عمل لا يقدر عليه وهو الإحبال [٣] ، وهذا التعليل يقتضى أن الإجارة لو لم تكن على الإحبال ، وإنما كانت على النزو فقط ، فلا مانع من ذلك ، وعلل ابن قدامة المنع بأن المقصود الماء الذى يخلق منه الولد ، فيكون عقد الإجارة لاستيفاء عين مجهولة ، فلم يجز كإجارة الغنم لأخذ لبنها [٤] .

وأجاز المالكية أن يستأجر الرجل الفحل لينزوه على ناقته أكواما معلومة عددها يسير يمكن أن يتأتى من الفحل فى وقت أو أوقات متقاربة ، لأن الفحل معلوم معين ، والأكوام معلومة ، فليس فى هذه الإجارة شىء من الغرر [٥]

---

(١) انظر ص ١٨٦ ـ ١٨٧

(٢) البدائع ٥ : ١٣٩ ، والبحر الزخار ٣ : ٣١٠ ، ونيل الأوطار ٤ : ٢٤٢ و ٦ : ٣٦ والمحلى ٨ : ١٩٢

(٣) حاشية ابن عابدين ٥ : ٤٦

(٤) المغنى ٥ : ٥٠١ ، ويضيف ابن قدامة : أن ماء الفحل محرم لا قيمة له فلم يجز أخذ العوض عنه كالميتة والدم

(٥) المنتقى ٥ : ٢٢ ، والمدونة ١١ : ٦٩

وقد ضعف ابن رشد مذهبهم فى هـذا ، وذلك حيث يقول : « ومن أجازه شبهه بسائر المنافع ، وهذا ضعيف ، لأنه تغليب القياس على السماع »[١] ولـكن الباجى يقول : إن مالـكا تأول الحديث على ما إذا ، « أعطى الرجل صاحب الفحل ثمنا على أن يحمل فحله على ناقة المشترى »[٢] يريد يحمله على الناقة إلى أن تحمل ، وهو تأويل مقبول.

وخرج أبو الخطاب من فقهاء الحنابلة وجها بالجواز ، لأنه انتفاع مباح ، والحاجة تدعو إليه ، فجاز كإجارة الظئر للرضاع ، والبئر ليسقى منهـا الماء ؛ ولأنها منفعة تستباح بالإعارة، فتستباح بالإجارة كسائر المنافع ، قال ابن قدامة : وينبغى أن يوقع العقد على العمل ؛ ويقدر بمرة ، أو بمرتين ، أو أكثر ، ويصح أن يقدر بالمدة إذا اكتراه لإطراق ماشية كثيرة[٣] ، وماذكره ابن قدامة هو مذهب الشيعة الإمامية ، يقول العاملى : « والقصد من الضراب وإن كان هو الماء إلا أنه جوز للضرورة »[٤] .

وممن قال بجواز إجارة الفحل للضراب الحسن ، وابن سـيرين ، وابن أبى هريرة[٥] ، وعقيل بن أبى طالب ، وربيعة ، وعطاء ، وعبـد العزيز بن أبى سلمة[٦] .

---

(١) بداية المجتهد ٢ : ٢٢٤

(٢) المنتقى ٥ : ٣٢ ، والمدونة ١١ : ٦٩

(٣) المغنى ٥ : ٥٠١ ويقول ابن قدامة : إن المذهب عـدم جواز إجارة الفحل للضراب فإن احتاج إنسان إلى ذلك ، ولم يجد من يطرق له جاز أن يبذل الـكراء وليس للمطرق أخذه ، لأن ذلك بذل مال لتحصيل منفعة مباحة تدعو الحاجة إليهـا فجاز كرشوة الظالم ليدفع ظلمه .

(٤) مفتاح الـكرامة ٤ : ١٤٤ وذهب بعض علمائهم إلى المنع وبعض إلى الـكراهة .

(٥) نيل الأوطار ٣و٢٤٢ و ٦ : ٣٣ ، والمنتقى ٥ : ٢٢ ، والمغنى ٥ : ٥٠١

(٦) المدونة ١١ : ٦٩

٤ ـ إجارة الشجر للثمر :

رأى الجمهور :

عرفنا فى الكلام عن إجارة الأرض التى عليها شجر أن جمهور الفقهاء لا يجوزونها إذا كان الشجر كثيراً ، بل بعض العلماء حكى الإجماع على المنع ، وعلى هذا فإن إجارة الشجر وحده للثمر تكون ممنوعة عندهم من باب أولى ، وقد ذكرنا وجهة نظرهم هناك فلا داعى لإعادتها[1] .

ولم أر فى منع إجارة الشجر للثمر خلافا إلا من ابن تيمية ، وقد أشرنا إلى رأيه سابقا ، وسنزيده إيضاحا هنا .

رأى ابن تيمية :

« الفوائد التى تستحق مع بقاء أصولها تجرى مجرى المنافع وإن كانت أعيانا » :

هذه هى القاعدة التى بنى عليها ابن تيمية رأيه فى جواز استئجار الشجر للاستثمار ، وهى أساس الخلاف بينه وبين الجمهور ، فالقاعدة عند جمهور الفقهاء ، كما قلنا ، هى أن الإجارة لا ترد على الأعيان ، وقد كان من ضمن تطبيقها منع إجارة الشجر للاستثمار ؛ لأن ما يملك بهذه الإجارة هو الثمر وهو عين .

أما ابن تيمية فإنه لا يقبل هذه القاعدة على عمومها ، وإنما يستثنى من الأعيان التى لا تملك بالإجارة نوعا من الأعيان يلحقه بالمنافع ، هو الأعيان التى كلما أخذت جاء غيرها مع بقاء أصلها ، مثال ذلك : ابن الظئر ، ولبن البهائم ، وصوفها ، والماء العذب ، وثمر الشجر ، فإنه كلما خلق من هذه شيء فأخذ خلق الله بدله مع بقاء أصله كالمنافع سواء . ولهذا جاز وقف الحيطان لثمرتها ، كما جاز

---

(١) انظر ص ٤٧٥ وانظر مع هذا المغنى ٥ : ٥٠١ ، والمحلى ٨ : ٢٠٠ ، والبحر الزخار ٤ : ٣٢ ، والخرشى ٧ : ٢١

وقف الأرض البيضاء والرباع لمنفعتهـا ، وجاز فى باب العارية المنيحة[1] ، والعرية[2] ، فأجريت هذه الأعيان مجرى المنافع ؛ لأنها ينتفع بها مع بقـاء أصولها . وقد جاز استئجار الظئر لأجل لبنها بالنص مع أن المقصود بالعقد هو اللبن وهو عين ، والعلة فى ذلك هو أن هذه فائدة تؤخذ مع بقاء أصلها فأجريت مجرى المنفعـة ، وعليه ينبغى أن يجوز استئجار الشجر للاستثمار ؛ لأنه بمنزلة استئجار الظئر لأجل اللبن .

ولا يوافق ابن تيمية على أن استئجار الشجر بيـع للثمرة ؛ وذلك لأن استئجار الشجر لمن يعمل فيه ، ويأخذ ثمره مثل استئجار الأرض لمن يعمل فيها ويأخـذ زرعها ، فـكما أن كراء الأرض ليس بيعا لزرعها فـكذلك كراء الشجر ليس ببيع لثمره .

ولهذا فقد قيد ابن تيمية جواز استئجار الشجر للثمر ، بما إذا كان المستأجر يعمل على الشجر فيسقيها ويلقحها ويدفع عنها الأذى ، أما إذا لم يكن للمستأجر عمل فيه فلا تجوز إجارته قبل بدو صلاحه ، لأنه بيع محض للثمرة ، مثل ما لو كان صاحب الشجر هو الذى يتعهده ويبيع ثمره .

وقد جوز ابن تيمية تطبيقا لقاعدته ، إجارة البهائم لمن يعمل عليها ، فيعلفها ويسقيها ، ويأخذ درها ونسلها ، كما جوز إجارتها للإرضاع ، ولم يجوز إجارتها لمن يحلب لبنها من غير عمل ، لأنه يكون فى هذه الحاله مشتريا للبن ، لا مستأجراً

---

(١) المنيحة هى الشاة تعار لينتفع بلبنها .

(٢) العرية هى النخلة تعار لثمرها وانظر ص ٢١٨

للبهيمة ، وشراء اللبن فى الضرع منهى عنه[1] .

رأيى :

الأصل فى الإجارة أن ترد على المنافع ، والأصل فى البيع أن يرد على الأعيان ، ولكن هناك أعيان لها شبه بالمنافع ، وهى الأعيان التى يتجدد وجودها مع بقاء أصلها ، كما يتجدد وجود المنافع مع بقاء أصلها ، وذلك كلبن الظئر ، وعسب الفحل ، ولبن البهائم وصوفها ، وبعض الزرع والثمر ، فهل تلحق هذه الأشياء بالمنافع فتجوز إجارتها ، أم لا تلحق بها فتمنع إجارتها ؟

الجواب عندى ، هو : أن مالا يمكن التعاقد عليه من هذه الأعيان بطريق البيع يلحق بالمنافع وتصح إجارته قياسا لا استثناء ، كما تصح إجارة سائر المنافع فقد جاز بالنص إجارة الظئر ، لأنه لا يمكن الانتفاع بلبنها بالبيع ، إذ لو لم تجز

---

(١) القواعد النورانية الفقهية ١٤٩ — ١٥٢ ، ذكر ابن قدامة قاعدة تشبه قاعدة ابن تيمية ، ولكنه لم يمش معه كل الطريق ، فقد جاء فى المغنى ٥ : ٥٠٠ — ٥٠١

«(فصل) وما لا تجوز إجارته أقسام :

أحدها : ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالمطعوم والمشروب والشمع ليشعله ، لأن الإجارة عقد على المنافع ، وهذه لا ينتفع بها إلا بإتلاف عينها ... ولا يصح استئجار مالا يبقى من الرياحين ، كالورد ، والبنفسج ، والريحان الفارسى ، وأشباهه لشمها ، لأنها تتلف عن قرب فاشبهت المطعومات » .

والكلام إلى هنا مستقيم ، ولكن ابن قدامة يمضى فى تطبيق القاعدة فيقول : «ولا يجوز استئجار الغنم ولا الإبل والبقر ليأخذ صوفها ولا شعرها ولا وبرها ، ولا استئجار شجرة ليأخذ ثمرتها أو شيئا من عينها » وهنا يفارق ابن قدامة ابن تيمية ، ويفارق القاعدة التى ذكرها فى نظرى ، لأن هذه الأمثلة لا تنطبق عليها القاعدة فإن الانتفاع فيها ممكن مع بقاء العين ولكن يبدو أن ابن قدامة يرى فى إتلاف اللبن والصوف والشعر والثمر إتلافا للعين ، لأن هذه الأشياء جزء منها .

الإجارة لترتب على ذلك ضرر عظيم؛ لأن الطفل قد يكون فى حاجة إلى مرضعة ولا يجد من تتبرع بإرضاعه فيضيع ، وقياسا على جواز إجارة الظئر ينبغى أن تجوز إجارة الشاة لإرضاع السخال وإجارة الفحل للضراب ؛ لأن الضرورة تدعو لحفظ البهائم ، كما تدعو لحفظ الآدميين [1] ، وهذه الأعيان لا يمكن الحصول عليها عن طريق البيع ، وليس كل إنسان يرضى التبرع بشاته أو فحله، ففى منع إجارتها تفويت لمصلحة محققة ، وجلب لضرر محقق أيضا .

أما ما يمكن بيعه من هذه الأعيان التى ينتفع بها مع بقاء أصلها كلبن الغنم، وصوفها ، وكالثمار ، فلا تلحق بالمنافع ، ولا تجوز إجارتها ، لأن البيع فيها ممكن فتبقى على الأصل .

ولهذا فإنى أرى أن القياس يقضى بمنع إجارة الشجر لأجل الثمر إلا فى الحالات التى يجوز فيها بيع ثمره وهى ما إذا كان الثمر قد بدا صلاحه ، أو كان مأمون العاهة ، على نحو ما قلته فى بيع الثمر [2] ، ولكنى أضيف هنا أن الحاجة قد تدعو إلى إجارة الشجر للاستثمار قبل ظهور الثمر ، وذلك لأن صاحب الشجر قد لا تكون عنده القدرة على تعهده ، ولا يجد العامل الأمين الذى يساقيه على شجره ، فينبغى إذاً جواز إجارة الشجر للحاجة إليها وتعامل الناس بها ، وإن كان فيها خروج على القياس ووقوع فى الغرر ، كما جازت إجارة الأرض مع ما فيها من غرر ، للحاجة والتعامل ، وإن كانت المزارعة والمساقاة أحب إلىَّ من إجارة الأرض والشجر .

---

(١) قارن ابن قدامة فى المغنى ٥ : ٤٥٥

(٢) انظر ص ٣٧٨

٦ ـ الجعالة (١)

تعريفها :

الجعالة هى : أن يلتزم شخص جعلا معلوما لمن يقوم بإنجاز عمل معلوم أو مجهول ، كأن يقول شخص : من رد على بعيرى الشارد فله مائة قرش ، فإن أى شخص يسمع هـذا القول ، ويأتى بالبعير فإنه يستحق الجعل ، ومن سمع القول وجدّ فى طلب البعير ، ولـكنه لم يأت به فإنه لا يستحق شيئا على ما بذل من جهد، فالجعالة نوع خاص من الإجارة ، وقد عرف ابن رشد الجعل بأنه «الإجارة على منفعة مظنون حصولها»(٢) وعرفه ابن جزى بأنه : «الإجارة على منفعة يضمن حصولها(٣)».

ومن الأمثلة التى يذكرها بعض الفقهاء للجعالة غير المثال المشترك الذى ذكرته: مشارطة الطبيب على البرء ، والمعلم على الحذاق(٤) ، وكراء السفن، وحفر البئر حتى تخرج الماء(٥) ، وبناء حائط أو دار(٦) ، والحج كأن يقول شخص: من حـج عنى فله كذا(٧) . ومنها ما يبذله الإمام لمن يدله على ما فيه مصلحة

---

(١) الجعالة بتثليث الجيم ، والـكسر أشهر ، ويقال لها : الجعل أيضا .

(٢) بداية المجتهد ٢ : ٢٣٥

(٣) القوانين الفقهية ٢٦٦ ، وانظر أيضا تعريف ابن رشد الجد فى المقدمات الممهدات ٢ : ٣٠٤ وتعريف الشيرازى فى المهذب ١ : ٤١١ ، وابن العربى فى أحكام القرآن ٣ : ١٠٨٥ .

(٤) بداية المجتهد ٢ : ٢٣٥ ، ويرى ابن جزى أن هذا مما يتردد بين الجعل والإجارة .

(٥) القوانين الفقهية ٢٦٦

(٦) المهذب ١ : ٤١٧ ، والبحر الزخار ٤ : ٦٣ ، والمغنى ٥ : ٦٥٧

(٧) البحر الزخار ٤ : ٦٣

عامة للمسلمين ، مثل طريق سهل ، أو ماء فى مفازة ، أو قلعة يفتحها ، أو مال يأخذه ، أو عدو يغير عليه ، أو ثغرة يدخل منها[1] .

وبعض هذه الأمثلة متفق عليه ، وبعضها مختلف فيه ، وسنشير إلى بعضها أثناء الكلام عن الشروط .

الإجارة على البلاغ :

تشتبه الجعالة بالإجارة على البلاغ، وهو اصطلاح للمالكية يريدون منه الإجارة التى يشترط فيها المستأجر على الأجير أنه لا يستحق شيئا من الأجر إلا بتمام العمل ، ويمثلون لها ببعض أمثلة الجعالة ، من ذلك كراء السفينة لحمل متاع إلى مكان معين ، فلو غرقت السفينة بما فيها فلا كراء لربها .

ومنها مشارطة الطبيب على البرء ، والمعلم على حفظ القرآن أو بعضه،أو على تعلم صنعة ، ومنها مشارطة الحافر على استخراج الماء بموات ، ومنها إرسال رسول لبلد لتبليغ خبر أو الإتيان بحاجة.

والإجارة على البلاغ تشبه الجعالة من حيث إن الأجير لا يستحق الأجر إلا بتمام العمل ، ولكنها تختلف عنها فى أنها لازمة بالعقد بخلاف الجعالة[2] كما سيأتى .

ويظهر من الأمثلة فرق آخر .هو أن الإجارة على البلاغ لابد أن يكون

---

(١) المغنى ٨ : ٣٨٣ ، ويقول ابن قدامة : لا نعلم فى هذا خلافا،لأنه جعل فى مصلحة فجاز كأجرة الدليل .

(٢) الدسوقى على الشرح الكبير ٤ : ٥٧

الأجير فيها معينا ، أما الجعالة فإن العامل فيها قد يكون معينا وقد يكون غير معين .

مشروعية الجعالة:

الجعالة جائزة عند جمهور الفقهاء[١] ، منهم المالكية[٢] والشافعية[٣] ، والحنابلة[٤] ، والزيدية[٥] ،ومنعها الظاهرية ، فلا يلزم الجاعل عندهم بشيء، ولكن يستحب له أن يفي بوعده .

يقول ابن حزم : « لا يجوز الحكم بالجعل على أحد ، فمن قال لآخر : إن جئتني بعبدي الآبق فلك على دينار ، أو قال : إن فعلت كذا وكذا فلك على درهم ، وما أشبه هذا ، فجاءه بذلك،أو هتف وأشهد على نفسه: من جاءني بكذا فله كذا فجاءه به لم يقض عليه بشيء ، ويستحب لو وفى بوعده » .

وحجة الظاهرية أنه لم يرد نص بإباحة الجعل ، والعقود التي أمر الله بالوفاء بها إنما هي العقود المنصوص عليها بأسمائها ، وأن كل ما عداها فحرام عقده ، ويرون في الجعالة من غير قول : « إلا أن يشاء الله » مخالفة لأمر الله في قوله تعالى : « ولا تقولن لشيء إني فاعل ذلك غدا إلا أن يشاء الله » . ومن خالف أمر الله لم يلزمه عقد خالف فيه أمر ربه ، بل هو معصية يلزمه أن

---

(١) ويقول ابن قدامة : « ولا نعلم فيه مخالفا » المغني ٥ : ٦٥٦ ، وسنرى فيها خلاف الظاهرية والحنفية .

(٢) مختصر خليل مع حاشية الدسوقي ٤ : ٥٦

(٣) المهذب ١ : ٤١٧

(٤) الفروع وتصحيحه ٢ : ٧٦٩

(٥) البحر الزخار ٤ : ٦٢

يستغفر منه ، وإن قال : « إلا أن يشاء الله » ثم لم ينفذ ما وعد به فلا يجوز إلزامه به ؛ لأن الله لم يشأه إذ لو شاءه لأنفذه[١] .

وتذكر بعض كتب الفقه المقارن أن أبا حنيفة لا يجوز الجعالة[٢]، ويذكر بعضها : أنه يجوزها[٣] ؛ ولم أر فى كتب الحنفية كلاما صريحا عن صحة عقد الجعالة أو عدم صحته ، ولكنا نجد بعض الأمثلة التى يذكرها غير الحنفية فى باب الجعالة مبثوثة عند الحنفية فى كتاب الإجارة ، وكتاب الجهاد عند الكلام عن التنفيل[٤] ، ويستفاد مما قاله الحنفية فيها أن الجعل بين الأفراد لا يجوز لأنه إجارة مجهولة ، جاء فى الدر المختار : «من دلنى على كذا فله كذا، فهو باطل ولا أجر لمن دله إلا إذا عين الموضع[٥] » .

أما الجعل من الإمام وهو المعروف بالتنفيل فهو جائز ، بل مندوب ، فيندب للإمام أن ينفل وقت القتال بأن يقول : « من قتل قتيلا فله سلبه ، أو من قتل الملك فله عشرة آلاف درهم » ، أو يقول للسرية[٦] : « ما أصبتم فهو لكم ، أو فلكم ثلثه بعد الخمس » ؛ والتنفيل قد يكون لشخص معين ، وقد يكون لشخص غير معين ، وقد يكون العمل فيه معلوما ، وقد يكون

---

(١) المحلى ٨ : ٢٠٤

(٢) بداية المجتهد ٢ : ٢٢٥

(٣) المغنى ٥ : ٦٥٦

(٤) التنفيل هو إعطاء الإمام الجندى فوق سهمه ، وهو من النفل ، ومنه النافلة للزائد على الفرض .

(٥) ابن عابدين ٥ : ٧٩ ، وانظر فيه باقى الأمثلة .

(٦) السرية : فرقة من الجيش .

مجهولا ، كما فى الجعالة ، ولكنه جعالة من نوع خاص ، وإنما جاز ؛ لأن فيه تحريضا وترغيبا فى القتال ؛ ولهذا يشترط أن يكون لبعض العسكر ، أما لو قال للعسكر جميعا : « ما أصبتم فلكم » فلا يجوز [١] .

الجعالة جائزة استثناء :

والذين يجوزون الجعالة يقولون إنها فى القياس غرر ؛ لما فيها من جهالة العمل [٢] ، وجهالة الأجل ؛ لأن العامل يستحق الجعل عند فراغه من العمل ، وهو وقت مجهول [٣] ، وإنما جازت استثناء ؛ للحاجة إليها [٤] .

ويستدل من يجوز الجعالة بما يأتى :

١ — قوله تعالى : « ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم » [٥] ، ففى هذه الآية دليل على جواز الجعالة ؛ لأن المؤذن جعل لمن يأتى بصواع الملك حمل بعير ، وهذا هو معنى الجعالة [٦] .

ورد ابن حزم الاستدلال بهذه الآية بأن شريعة من قبلنا من الأنبياء لا تلزمنا ، على أن هذا لو كان فى شريعتنا لما كانت فيه حجة على إلزام القضاء بالجعل ، لأن كل مافى الآية هو أنه جعل لمن يأتى بالصواع جعلا [٧] .

---

(١) ابن عابدين ٣ : ٢٢٨ — ٢٣٢ . كره مالك الوعد بالتنفيل قبل الحرب خوفا من أن يحارب الغزاة لغير وجه الله ، بداية المجتهد ١ : ٣٩٧

(٢) المقدمات ٢ : ٣٠٤

(٣) المجموع شرح المهذب ٩ : ٣٣٩

(٤) البحر الزخار ٤ : ٦٢ ، والمهذب ١ : ٤١١

(٥) يوسف ٧٢

(٦) المقدمات ٢ : ٣٠٤ ، والمنتقى ٥ : ١١٠ ، والبحر الزخار ٤ : ٦٢ والمهذب ١ : ٤١١ والمغنى ٥ : ٦٥٦

(٧) المحلى ٨ : ٢٠٥

ويرى الجصاص من فقهاء الحنفية أن هذه إجارة جائزة ؛ لان الأجر معلوم ، فحمل البعير اسم لمقدار ما ، من الكيل والوزن كقولهم وسق ونحو ذلك ، ويجعل هذا نظير مالو قال : « من حمل هذا المتاع إلى موضع كذا فله كذا » [1] ، وهو تنظير غير سليم ؛ لأن العمل هنا معين ، وفى قول مؤذن الملك غير معين ؛ وإن كانا يشتركان فى عدم تعيين الأجير ، وعدم القبول باللسان .

٢ — قوله صلى الله عليه وسلم يوم حنين : « من قتل قتيلا فله سلبه » ، وقوله يوم بدر : « من فعل كذا فله كذا ، ومن فعل كذا فله كذا » [2] .

ويقول ابن رشد الحفيد : إن قول الرسول صلى الله عليه وسلم « من قتل قتيلا فله سلبه » كان بعد ما برد القتال [3] ، وهذا يرد استدلال جده به على صحة الجعالة .

٣ — مارواه أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه أن ناسا من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم أتوا على حى من أحياء العرب فلم يقروهم ، فبينما هم كذلك إذ لدغ سيد أولئك ، فقالوا : هل معكم من دواء أو راق ، فقالوا : إنكم لم تقرونا ، ولا نفعل حتى تجعلوا لنا جعلا ، فجعلوا لهم قطيعا من الشاء ، فجعل يقرأ بأم القرآن ، ويجمع بزاقه ويتفل فبرأ ، فأتوا بالشاء فقالوا : لا نأخذه حتى نسأل النبى صلى الله عليه وسلم ، فسألوه فضحك ، وقال : وماأدراك أنها رقية ؟ خذوها واضربوا لى بسهم [4] .

(١) أحكام القرآن ٣ : ٢١٦

(٢) المقدمات ٢ : ٣٠٤

(٣) بداية المجتهد ١ : ٣٩٧

(٤) رواه البخارى . صحيح البخارى ٧ : ١٣١ ، والمقدمات ٢ : ٣٠٥ ، والمهذب ٢ : ٤١١ ، والمغنى ٥ : ٦٥٦ والبحر الزخار ٤ : ٦٢

ويأخذ ابن حزم بهذا الحديث فيجوز الإجارة على الرقى [(١)] .

٤ — الجعل كان موجودا فى المعاملات فى زمن الرسول صلى الله عليه وسلم ولم يتعرض لإبطاله مع علمه به، وهذا إقرار منه صلى الله عليه وسلم على جوازه وقد مضى عمل المسلمين عليه فى سائر الأمصار [(٢)] .

شروط صحة الجعالة (٣)

١ — العلم بالجعل (٤)

يشترط لصحة الجعالة أن يكون الجعل معلوما ، فلو قال : من رد على بعيرى فله ثوب ، أو أرضيه ، فسد العقد للجهل بالجعل [(٥)] .

هذا إذا كانت الجهالة تمنع التسليم ، أما إذا كانت الجهالة لا تمنع التسليم فقد قال ابن قدامة : يحتمل أن تجوز الجعالة ، وذلك نحو أن يقول : من رد ضالتى فله ثلثها ، وهو قول ظاهر الوجاهة ، ويؤيده الحديث الذى استدلوا به على جواز الجعالة : « من قتل قتيلا فله سلبه » وأكثر الأمثلة التى تذكر فى باب التنفيل من هذا القبيل .

ويستفاد من هذا « أن الجعل — كما يقول الأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور — إذا كان من نفس الشىء الذى يبحث عنه ، وكان الجعل بسببه ، كأن يجعل له جزءا من مال العدو الذى يهاجمه ، ومثل أن تجعل الدولة لمن

---

(١) المحلى ٨ : ١٩٣

(٢) المقدمات ٢ : ٣٠٥

(٣) نقتصر من الشروط على ماله مساس بموضوعنا ، وانظر الكلام عن الجعالة بصفة عامة فى أحكام المعاملات الكبير للأستاذ الخفيف ٤٨٣ والمدخل للفقه الإسلامى للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ٥٦٩

(٤) المقدمات ٢ : ٣٠٥ ومختصر خليل ٤ : ٥٦ والبحر الزخار ٤ : ٦٣ والمهذب ١ : ٤١١

(٥) مغنى المحتاج ٢ : ٤٣١

يعثر على منجم أو حقل بترول قدرا معينا منه كالخمس مثلا ، جاز أن يكون مجهولا »[1] ؛ لأن هذه الجهالة لاتمنع التسليم.

ربما يقال : إن النص القرآنى الذى أعتبر أصلا فى جواز الجعالة كان الجعل فيه مجهولا ، وهو حمل البعير .

أجاب القرطبي عن هـذا : بأن حمل البعير كان شيئا معروفا عندهم كالوسق[2] .

صور من الجهالة الممنوعة فى الجعل :

١ — بع السلعة ولك فى كل دينار كذا :

من قال لرجل : بع لى ثوبى ، ولك من كل دينار درهم لم يجز ؛ لأنه لم يسم ثمنا يبيعه به ، وإذا لم يكن الثمن معلوما كان جعل العامل مجهولا ، ولأنه كما يقول مالك : « كلما نقص دينار من ثمن السلعة نقص فى حقه الذى سمى له ، فهذا غرر لايدرى كم جعل له »[3]

أما لو قال : إن بعت هذه السلعة بكذا فلك دينار ، وإن لم تبعها فليس لك شيء فى ذلك ، فهذه جعالة صحيحة .

٢ ـ بع هذه السلعة ومازاد على كذا فلك

لو قال لآخر : بع هذا الثوب فما زاد على عشرة دراهم فهو لك ، قال

(١) المدخل للفقه الإسلامى ٥٦٩

(٢) تفسير القرطبى ٩ : ٢٣٢ ، وقارن المحلى ٨ : ٢٠٥

(٣) الموطأ بهامش المنتقى ٥ : ١١٠ ومقتضى تعليل المنع بعدم تسمية ما يبيع به أنه لو سمى ثمنا بأن قال له : بع لى ثوبى بعشرة ولك فى كل دينار درهم ، فهو عقد صحيح ، لأن الجعل يكون معلوما فى هذه الصورة .

مالك : « لايجوز لأن الجعل مجهول قد دخله الغرر »[١]

٣ ـ من فعل كذا فلة جائزة ثمينة :

ومن الجهالة الممنوعة فى الجعل ماتراه كثيرا فى الإعلانات فى الجرائد ممن فقد شيئا أن يصف شيأه ويقول : من جاءنى بشيئ المفقود فله جائزة ثمينة . .

العلم « بالعمل » ليس شرطا[٢]

لا يشترط العلم بالعمل الذى يقوم به العامل ، بل يجب أحيانا أن يكون مجهولا كما فى رد الآبق ، فإنه لا بد فى صحة الجعل على الاتيان به ألا يعلم مكانه ، فإن علمه ربه فقط لزمه الأكثر مما سمى ، وجعل المثل ، وإن علمه العامل فقط كان له بقدر تعبه عند ابن القاسم ، وقيل لا شىء له ، وان علماه معا فله جعل مثله .[٣]

وإنما جاز أن يكون العمل مجهولا ، لأن جهالته لايترتب عليها ضرر ، لأن العقد غير لازم بالنسبة للعامل فيستطيع أن يتخلص من مضرة غرره إذا بدا له ما يكره من مشقة المضى فى العمل[٤] .

الجعل على ابراء المريض :

مقتضى عدم اشتراط العلم بالعمل أن تجوز الجعالة فى مشارطة الطبيب على البرء ، ولكن المسألة محل خلاف ، فقد اختلف قول مالك فى الجعل يجعل

---

(١) المنتقى ٥ : ١١٢

(٢) البحر الزخار ٤ : ٦٢ ، والمهذب ١ : ٤١١

(٣) الدسوقى ٤ : ٥٦ ، والمقدمات ٢ : ٣٠٧

(٤) المنتقى ٥ : ١١٣ وأحكام القرآن لابن العربى ٣ : ١٠٨٥

للطبيب على إبراء العليل ، فقد قال فى المدونة لا يجوز ، وقال سحنون : روى أنه عنده جائز ، وروى عنه مثل ذلك فى الجعل للمحامى على كسب القضية .[1]

وصحح ابن قدامة مشارطة الطبيب على البرء[2] ، ونص ابن حزم على عدم جواز مشارطة الطبيب على البرء ، لأن البرء لا يقدر عليه إلا الله[3] ، ومنعها أيضا الزيدية ، لأن البرء غير مقدور للطبيب[4] .

تعيين المجعول له ليس شرطا :

لا يشترط تعيين المجعول له ، فالجعالة قد تكون لشخص معين ، كما إذا قال رجل لآخر : « إن جئت بجملى الشارد فلك كذا » . قال مالك : هذا من باب الجعل وليس من باب الإجارة ، ولو كان من باب الإجارة لم يصلح[5] ، وقد تكون لأى شخص يقوم بالعمل بعد سماع قول الجاعل ، كما جاء فى الآية : « ولمن جاء به حمل بعير » وكقول من فقد شيئا : « من دلنى على ضالتى فله كذا » وقول القائل : أول من يحج عنى فله مائة جنيه ، وذلك لأن الجاعل قد يكون له عمل ولا يعرف من يعمله[6] .

٢ — أن يكون الجعل غير معين :

يشترط لصحة الجعالة أن يكون الجعل معلوماً غير معين ، أو معينا لا يسرع

---

(١) المنتقى ٥ : ١١١

(٢) المغنى ٥ : ٤٩٣

(٣) المحلى ٨ : ١٩٦

(٤) البحر الزخار ٤ : ٤٦

(٥) الموطأ ٥ : ١١٠

(٦) الشرح الكبير للدردير ٤ : ٥٦ ، والبحر الزخار ٤ : ٦٢ ، والمهذب ١ : ٤١١ والمغنى ٥ : ٦٥٨

إليه الفساد ، فلو قال : من جاءنى ببعيرى الشارد فله هذا الثوب صح ، أما لو قال : فله هـذه الدابة لم يصح ؛ لأن الدابة تتغير وتسرع إليها الحوادث[1]

٣ ـ ألا يضرب للعمل المجعول فيه أجلا :

يشترط ألا يحدد الجاعل للمجعول له زمنا ، فلو قال جاعلتك على أن تبيع هذا الثوب اليوم ولك درهم ، أو جاعلتك على الإتيان ببعيرى الشارد بدينار ، بشرط أن تأتى به فى شهر ، فإن الجعالة لا تجوز إلا إذا اشترط للعامل أن له ترك العمل متى شاء ، فيجوز حينئذ ؛ لأنه رجع إلى أصل الجعالة من كون الزمان ملغى ، وإنما ضر تقدير الزمن ؛ لأن العامل لا يستحق الجعل إلا بتمام العمل ، وقد ينقضى الأجل قبل تمام العمل فيذهب عمله باطلا ، وفى ذلك زيادة غرر .

والفرق بين الصورة التى يقدر فيها الزمن ،ولا يشترط فيها الترك ،والصورة التى يقدر فيها الزمن ، ويشترط فيها الترك متى شاء العامل، مع أن شأن هذا العقد أنه غير لازم بالنسبة للعامل كما سنرى ، هو أن العامل فى الصورة الأولى داخل على التمام فى الظاهر وإن كان له الترك فى الواقع فغرره قوى ، وفى الصورة الثانية العامل داخل ابتداء على أنه مخير فغرره ضعيف[2]

وأرى أن هذه تفرقة لا مبرر لها ، فإن اشتراط العامل ترك العمل متى شاء ، مع أن هـذا الحق ثابت له من غير شرط ، لا قيمة له ، وليس له أثر ظاهر فى تخفيف الغرر ، والمنطق يقضى إما بتجويز ضرب الأجل فى الحالين ،

---

(١) المنتقى ٥ : ١١١ هكذا يمثل الباجى لما يسرع إليه الفساد بالدابة ، والأولى عندى التمثيل له بنحو : هذا الصندوق من العنب .

(٢) الدسوقى على الشرح الكبير ٤ : ٥٨ ، والمقدمات ٢ : ٣٠٥ ـ ٣٠٧

أو منعه فى الحالين ، والأولى عندى تجويز تحديد الزمن ؛ لأن الجاعل قد يكون له غرض صحيح فى هذا التحديد ، وقد لا تكون له مصلحة فى العمل بعد مضى زمن معين ، ففى منع التحديد ضرر على الجاعل ، لا سيما على رأى المالكية الذين يرون أن الجعالة عقد لازم بالنسبة للجاعل بعد الشروع فى العمل ، صحيح إن العامل يصيبه ضرر إذا انتهى الأجل قبل أن يتم العمل ، ولكن هذا الضرر فى إمكان العامل تفاديه بعدم الشروع فى العمل إلا إذا تأكد من أن فى مقدوره إنجازه قبل الأجل .

٤ ـ أن يكون العمل لا منفعة فيه للجاعل إلا بتمامه :

المجعول له لا يستحق الجعل إلا إذا أتم العمل ، ولهذا يشترط أن يكون العمل مما لا ينتفع به الجاعل إلا بعد تمامه ، كما فى قوله تعالى : « ولمن جاء به حمل بعير » فإنه إذا لم يأت المجعول له بالمطلوب فلا ينتفع الجاعل بشىء مما بذله العامل من عمل .

أما إن كان الجعل فى عمل إن ترك العامل العمل بقى للجاعل فيه ما ينتفع به لا يجوز ، كما إذا قال لآخر : إن عملت لى شهرا فلك كذا ، وإلا فلا شىء لك ؛ لأن الجعل مبنى على أن العامل لا يلزمه إتمام العمل ؛ لما فيه من الغرر ، فإذا عمل العامل بعض الشهر ، وترك العمل انتفع العامل بعمله دون عوض[1] .

وقد فرع المالكية على هذا الشرط :

١ — إن الجعل على حفر البئر حتى يجىء الماء لا يجوز فيما يملك من

---

(١) المقدمات ٢ : ٣٠٧ ، والدسوقى ٤ : ٥٦ و ٥٩ ، والمنتقى ٥ : ١١٠

الأرضين ، لأن المجعول له إن ترك العمل بعد أن حفر بعض البئر انتفع الجاعل بما حفر منها بوجوه كثيرة من وجوه المنافع بدون عوض .

ويجوز فيما لا يملك من الأرضين ، لأن الجاعل لا نفع له فيما حفر المجعول له منها إن لم يتم حفرها[1]، وهذا هو ما يعبر عنه بمشارطة الحافر على استخراج الماء بموات .

وقد نص الحنفية على أن التعاقد على حفر البئر لا يجوز إلا إذا بين مكان الحفر وعمق البئر وعرضها ، لأن عمل الحفر يختلف باختلاف عمق المحفور وعرضه ، ومكان الحفر من الصلابة والرخاوة ، فيحتاج إلى البيان ليصير المعقود عليه معلوما[2] ، فلا يجوز عندهم مشارطة الحافر على إخراج الماء سواء كان ذلك بأرض موات أو مملوكة .

وقال الظاهرية : لا تجوز الإجارة على حفر البئر ألبتة ، لأنه قد يخرج منها الصفاة الصلدة والأرض الرخوة ، وهذا عمل مجهول ، والطريق لحفر البئر عندهم هى أن يؤجر الحافر مياومة ثم يستعمله فى حفر البئر ، لأن هذا عمل محدود معلوم[3] .

٢ — إن الجعالة على بيع عدد من الثياب مثلا ، على أن العامل لا يستحق شيئا إلا ببيع الجميع لا تجوز ، لأن الجاعل ينتفع ببيع البعض باطلا إن لم يتم العامل العمل[4] .

---

(١) المقدمات ٢ : ٣٠٩ والدسوق ٤ : ٥٧ والمنتقى ٥ : ١١٠

(٢) البدائع ٤ : ١٨٤

(٣) المحلى ٨ : ١٩٦

(٤) الدسوق ٤ : ٥٩ والمقدمات ٢ : ٣٠٩

هل الجعالة عقد لازم أم غير لازم ؟

الجعالة عقد غير لازم بالنسبة للمجعول له « العامل » سواء شرع في العمل أو لم يشرع ، فله أن يترك العمل الذى شرع فيه فى أى وقت شاء، ولا يستحق شيئا على ما عمل . لأن الجعل يستحق بالفراغ من العمل ، وقد تركه فسقط حقه[1] . وإنما كان العقد غير لازم بالنسبة للعامل ؛ لأنه قد يجد مشقة فى المضى فى العمل أكثر مما كان يتوقع ، والعمل ، كما قلنا ، يجوز أن يكون مجهولا ، فلزوم العقد على كل حال يجعل الغرر كثيرا مفسدا للعقد[2] ؛ لأن العامل لا يقدر على التخلص من مضرة الغرر الحاصل من جهالة العمل إذا رأى ما يكره من مشقته[3] .

أما بالنسبة للجاعل فإنها عقد لازم بعد أن يشرع المجعول له فى العمل باتفاق فقهاء المالكية ، لئلا يبطل الجاعل على العامل عمله . أما قبل شروع المجعول له فى العمل ، فقد اختلف فى لزوم العقد وعدمه بالنسبة للجاعل، فقيل: إن الجعل يلزمه بالعقد ، وهو مذهب ابن حبيب فى أحد قوليه، وظاهر رواية عيسى عن ابن القاسم .

وقيل : لا يلزمه حتى يشرع المجعول له فى العمل، وهى رواية على بن زياد، وأشهب ، عن مالك ، ومذهب سحنون ، قال ابن رشد : وهو أظهر القولين؛ لأنه لما كان المجعول له لا يلزمه العقد وجب ألا يلزم الجاعل[4] .

---

(١) المنتق ٥ : ١١١

(٢) الدسوق ٤ : ٦١، والمقدمات ٣ : ٢٠٧، والمهذب ١ : ٤١١ ،والبحر الزخار ٤ : ٦٢ وعدم استحقاق العامل شيئا إذا ترك العمل هو فى حالة ما إذا لم ينتفع الجاعل فعلا بما عمله أما إذا انتفع الجاعل فعلا بما عمله العامل بأن استأجر شخصا آخر لإتمامه ، فإن العامل الأول يستحق من الأجر على عمله بنسبة ما يأخذه الثانى على عمله . الدسوق ٤ : ٥٧

(٣) المنتق ٥ : ١١١ و ١١٢

(٤) المقدمات ٣ : ٢٠٧ ـ ٢٠٨ والدسوق ٤ : ٦١ والمنتق ٥ : ١١١

وعند الشافعية الجعالة عقد غير لازم بالنسبة للجاعل أيضا، فله فسخ العقد فى أى وقت ؛ لأنه عقد على عمل مجهول بعوض، فجاز لكل من الطرفين فسخه كالمضاربة ، غير أن الجاعل إن فسخ العقد قبل أن يشرع العامل فى العمل لم يلزمه شىء ، لأنه فسخ قبل أن يستهلك منفعة العامل، وإن فسخ بعد ما شرع العامل فى العمل لزمه أجرة المثل لما عمل له ؛ لأنه استهلك منفعته بشرط العوض فلزمته أجرته[1] ، وهو مذهب الحنابلة[2] .

فالفرق بين المالكية والشافعية ينحصر فى لزوم الجعالة بالنسبة للجاعل بعد شروع العامل فى العمل ، فعند المالكية : الجعالة لازمة ، ومعنى هذا ، أن الجاعل ليس له حق الرجوع فى هذه الحالة ، وللعامل أن يستمر فى العمل إلى أن ينجزه ، ويطالب الجاعل بالجعل كاملا ، أما عند الشافعية فللجاعل الرجوع على أن يدفع للعامل أجرة المثل عما أنجزه .

ومذهب الشافعية أولى بالاتباع عندى ؛ لأن فيه مراعاة للجانبين .

القانون :

الوعد بالجائزة[3]

يقابل الوعد بالجائزة فى القانون الجعالة فى الفقه الإسلامى[4] ، وقد جاءت أحكام الوعد بالجائزة فى المادة (١٦٢) من التقنين المدنى المصرى وهذا

---

(١) المهذب ١ : ٤١٨

(٢) المغنى ٥ : ٦٥٧

(٣) المراجع : مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ : ٣٣٨ ـ والوسيط للدكتور السنهورى ١ : ١٣٠٠ ـ ١٣٠٧ ، ومصادر الالتزام للدكتور عبد المنعم فرج الصده ٤٢٤ ـ ٤٢٧

(٤) قارن مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للدكتور السنهورى ١ : ٤٣ هامش .

نصها : « من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها .

وإذا لم يعين الواعد أجلا للقيام بالعمل ، جاز له الرجوع فى وعده بإعلان للجمهور ، على ألا يؤثر ذلك فى حق من أتم العمل قبل الرجوع فى الوعد ، وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلانه العدول للجمهور » .

فالوعد بالجائزة هو أن يلتزم شخص باعطاء جائزة معينة لمن يقوم بعمل معين ، وهذا متفق مع تعريف الجعالة ، غير أن الوعد بالجائزة لابدأن يكون موجها للجمهور أى إلى أشخاص غير معينين بالذات ، فإذا وجه إلى شخص معين لم يكن وعدا بجائزة بالمعنى المقصود ، وقد رأينا أن الجعالة قد تكون لشخص معين ، وقد تكون لشخص غير معين ، وإن كان الأصل فيها أن تكون لغير معين .

والوعد بالجائزة يجوز أن يحدد فيه أجل للقيام بالعمل ، ويجوز ألا يحدد وفى حالة تحديد أجل يكون الواعد ملزما بوعده إلى أن تنقضى المدة ، لا يجوز له الرجوع أثناءها ، فأى شخص قام بالعمل قبل انتهاء المدة استحق الجائزة. أما فى حالة عدم تحديد أجل فان الواعد يلتزم أيضا بوعده ، غير أن له فى هذه الحالة أن يرجع فى وعده، فإذا جاء رجوعه قبل أن يشرع أحد فى العمل تحلل الواعد نهائيا من نتائج وعده ، وإذا جاء الرجوع بعد أن تم العمل ، كان لمن قام بالعمل الجائزة ، ولا عبرة لرجوع الواعد ، وإذا جاء الرجوع بعد أن شرع

شخص فى العمل ، وقبل أن يتمه ، فعلى الواعد أن يرد إلى من شرع فى العمل ما أنفقه على ألا يتجاوز قيمة الجائزة .

يتبين من هذا أن الوعد بالجائزة يختلف عن الجعالة فى أنه قد يكون محدد المدة ، أما الجعالة فلا تجوز مع تحديد المدة ؛ لأن فى ذلك زيادة غرر ، كما رأينا . كما يتبين منه أن مسلك القانون بالنسبة لرجوع الواعد فى وعده ، فى حالة عدم تحديد مدة ، قريب من مسلك الشافعية .

المبحث الرابع

الشركة

تعريفها ومشروعيتها

الشركة هي : عقد بين اثنين فأكثر على أن يكون رأس المال والربح مشتركا بينهم[1]

وقد أجمع المسلمون على مشروعية الشركة فى الجملة[2] وإنما اختلفوا فى بعض أنواعها وفى بعض أحكامها ،ونذكر فيما يلى الأنواع المتفق عليها ، والأنواع المختلف فيها على وجه الإجمال ، وما للغرر من أثر فى هذا الاختلاف ، ثم نخص نوعا مما اتفقوا عليه بشىء من التفصيل لنتبين مدى تأثير الغرر عليه .

أنواع الشركات:

يقول ابن قدامة : « الشركة أنواع خمسة : شركة العنان ، والأبدان والوجوه ، والمضاربة : والمفاوضة »[3] . ويقول ابن رشد . « والشركة بالجملة عند فقهاء الأمصار على أربعة أنواع: شركة العنان، وشركة الأبدان، وشركة المفاوضة، وشركة الوجوه »، فحذف المضاربة لأنها عنده من قبيل الإجارة[4] .

---

(١) المجلة العدلية مادة ١٣٢٩ — وهذا تعريف لشركة العقد ، لأنها هى النوع الذى يتصل بموضوعنا .

(٢) المغنى ٥ : ١ ، وبداية المجتهد ٢ : ٢٥١

(٣) المغنى ٥ : ١

(٤) بداية المجتهد ٢ : ٢٥١و٢٣٦ وانظر أيضا حاشية ابن عابدين ٣ : ٤٦٥

١ – شركة الأبدان(١)

هى أن يشترك اثنان فأكثر فيما يكتسبونه بأيديهم ، كالصناع يشتركون على أن يعملوا فى صناعاتهم ، فما رزق الله تعالى فهو بينهم(٢) ، وهى جائزة عند الحنفية(٣) ، والمالكية(٤) ،والحنابلة(٥) والزيدية(٦) . وحجتهم فى جوازها :

١ – القياس على اشتراك الغانمين فى الغنيمة ، فهم إنما استحقوا ذلك بالعمل ، فقد روى أن ابن مسعود شارك سعداً يوم بدر ، فأصاب سعد فرسين ولم يصب ابن مسعود شيئا ، ولم ينكر النبى صلى الله عليه وسلم عليهما(٧) .

٢ – القياس على المضاربة ، لأنها تنعقد على العمل(٨) .

ومنعها الشافعية(٩) ، والظاهرية(١٠) ، والإمامية(١١) ، لما فيها من الغرر إذ لايدرى أن صاحبه يكسب أم لا(١٢) .

واختلف المجوزون فى بعض شروطها ، فمن ذلك أن مالكا يشترط

---

(١) تسمى هذه الشركة أيضا شركة أعمال،وشركة صنائع ، وشركة تقبل ، لأنها تقوم على تقبل الأعمال والصنائع ، فرأس مالها العمل لا المال .

(٢) المغنى ٥ : ٣

(٣) ابن عابدين ٣ : ٤٧٩

(٤) بداية المجتهد ٢ : ٢٥٥

(٥) المغنى ٥ : ٣

(٦) البحر الزخار ٤ : ٩٤

(٧) بداية المجتهد ٢ : ٢٥٥ ، والمغنى ٥ : ٣ — ٤

(٨) بداية المجتهد ٢ : ٢٥٥

(٩) المنهاج مع مغنى المحتاج ٢ : ٢١٢

(١٠) المحلى ٨ : ١٢٢

(١١) المختصر النافع ١٦٩

(١٢) مغنى المحتاج ٢ : ٢١٢

اتفاق الصنعتين ، ولا يشترطه أبو حنيفة ، فيجوز عنده أن يشترك الدباغ والقصار ، وقال مالك : لا يجوز ، لأن فى اختلاف الصنعتين زيادة غرر [١] .

٢ ـ شركة الوجوه : [٢]

وهى أن يشترك اثنان فيما يشتريان بجاههما وثقة التجار بهما من غير أن يكون لهما رأس مال ، ويبيعان ذلك ، فما قسم الله فهو بينهما [٣] فهى شركة على الذمم من غير صنعة ولا مال [٤] ، وهى جائزة عند الحنفية [٥] ، والحنابلة [٦] ، والزيدية [٧] .

ومنعها المالكية [٨] ، والشافعية [٩] ، والإمامية [١٠] ، وذلك لأن الشركة إنما تتعلق على المال أو على العمل ، وكلاهما معدومان فى شركة الوجوه ، مع مافى ذلك من الغرر ، لأن كل واحد من الشريكين عاوض صاحبه بكسب غير محدود بصناعة ولا عمل مخصوص [١١] .

---

(١) بداية المجتهد ٢ : ٢٥٥ ، وابن عابدين ٣ : ٤٨٠

(٢) وتسمى أيضا شركة المفاليس

(٣) المغنى ٥ ف ١٢

(٤) بداية المجتهد ٢ : ٢٥٥

(٥) ابن عابدين ٣ : ٤٨١

(٦) المغنى ٥ : ١٢

(٧) البحر الزخار ٤ : ٩٤

(٨) بداية المجتهد ٢ : ٢٥٥

(٩) المنهاج مع مغنى المحتاج ٢ : ٢١٢

(١٠) المختصر النافع ١٦٩

(١١) بداية المجتهد ٢ : ٢٥٥

٣ ـ شركة المفاوضة (١)

وهى أن يفوض كل واحد من الشريكين إلى صاحبه التصرف فى كل ماله مع غيبته وحضوره (٢) ، وهى جائزة عند الحنفية (٣) ، والمالكية (٤) ، والزيدية (٥) ، واشترط الحنفية لها شروطا تجعل وجودها نادرا جدا (٦) ، ومنعها الشافعية (٧) ، والإمامية (٨) ، وذلك لما فيها من الغرر ، ولهذا قال الشافعى : « إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة فلا باطل أعرفه فى الدنيا » يشير بذلك إلى كثرة مافيها من الغرر (٩) .

وهى عند الحنابلة نوعان :

أحدهما : أن يشتركا فى جميع أنواع الشركة الجائزة ، كأن يجمعا بين شركة العنان والوجوه والأبدان ، فهذه مفاوضة صحيحة ، لأن كل نوع من هذه يصح على انفراده فصح مع غيره .

وثانيهما : أن يدخلا فى الشركة الاشتراك فيما يحصل لكل واحد

---

(١) وشركة المفاوضة تشبه شركة التضامن فى القانون : انظر شرح القانون التجارى للدكتور محمد صالح بك ١ : ٣١٧ و٣٦٢ ط السابعة .

(٢) بداية المجتهد ٢ : ٢٥٤

(٣) ابن عابدين ٣ : ٤٦٥

(٤) بداية المجتهد ٢ : ٢٥٤

(٥) البحر الزخار ٤ : ٩١

(٦) ابن عابدين ٣ : ٤٦٥ — ٤٧٠

(٧) المهذب ١ : ٣٤٦

(٨) المختصر النافع ١٦٩

(٩) مغنى المحتاج ٢ : ٢١٢

منهما من ميراث أو غيره ، وأن يلزم كل واحد منهما مايلزم الآخر من أرش جناية ، وضمان غصب ، وقيمة متلف ، وغرامة ضمان أو كفالة ، فهذه مفاوضة فاسدة ؛ وذلك لأن فى هذه الشركة غررا ؛ لأنه يلزم كل واحد منهما مالزم الآخر ، وقد يلزمه شيء لايقدر على القيام به ، ولأنه يدخل فى هذه الشركة الأكساب النادرة [١] .

٤ ـ شركة العنان :

هى أن يشترك رجلان بماليهما على أن يعملا فيهما بأبدانهما والربح بينهما [٢] وهى جائزة باتفاق الفقهاء ، وإن كان بعضهم لايعرف هذا اللفظ ، وإنما يختلف الفقهاء فى بعض شروطها ، لافى الجواز وعدمه [٣] .

٥ـ المضاربة [٤]

تعريفها : المضـاربة هى دفع المال إلى الغـير ليتجر به ، ويكون الربح بينهما حسبما يتفقان عليه من النصف أو الثلث أو غير ذلك [٥] .

مشروعيتها : لاخلاف بين المسلمين فى جـواز المضـاربة ، وهى من

---

(١) المغنى ٥ : ٢٥ — ٢٦

(٢) المغنى ٥ : ١٣

(٣) ابن عابدين ٣ : ٤٧٠ والمحلى ٨ : ١٢٤ . والمختصر النافع ١٦٩ . والمنهاج مع مغنى المحتاج ٢ : ٢١٢ والمغنى ٥ : ١٣ وبداية المجتهد ٢ : ٢٥١ ، والبحر الزخار ٤ : ٩٢

(٤) المضاربة مأخوذة من الضرب فى الأرض — أى السفر والمشى — والمضارب بالكسر العامل ، لأنه يضرب فى الأرض للتجارة ، ولم يشتق للمالك منها اسم ، وهذه تسمية العراقيين ويسميها الحجازيون القراض والمقارضة من القرض وهو القطع ، لأن المالك قطع قطعة من ماله لمن يتجر فيه بقطعة من الربح ، والمقارض بالكسر المالك ، وبالفتح العامل - البحر الزخار ٤ : ٧٩ . والدسوقى على الشرح الكبير ٣ : ٤٥٤

(٥) البحر الزخار ٤ : ٧٩ ، والقوانين الفقهية ٢٧٢ . وتحفة الفقهاء ٣ : ٢٢

المعاملات التى كانت فى الجاهلية فأقرها الإسلام [١] .

القياس يمنع المضاربة :

يرى كثير من الفقهاء أن المضاربة فى القياس لاتجوز ، لأنها إجارة بأجر معدوم ومجهول ، لعمل مجهول ، وإنما جازت استثناء على سبيل الرخصة ؛ لورود النص بجوازها وللحاجة إليها .

يقول الكاسانى : « القياس أن المضاربة لا تجوز ؛ لأنها استئجار بأجر مجهول ، بل معدوم ، ولعمل مجهول ، لكنا تركنا القياس بالكتاب والسنة والإجماع » [٢] .

ويقول ابن جزى : « القراض جائز مستثنى من الغرر والإجارة المجهولة » [٣] .

ويقول الدسوقى : « القراض رخصة استثنى للضرورة من الإجارة بمجهول ومن السلف بمنفعة » [٤] .

ويقول ابن رشد : « وإنما رخص فى المضاربة لموضع الرفق بالناس » [٥]

---

(١) بداية المجتهد ٢ : ٢٣٦ ، والبحر الزخار ٤ :٧٩ ، ونيل الأوطار ٥ : ٣٩٤ وانظر ص ٤٤ — والمضاربة وشركة العنان هما النوعان المتفق على جوازهما من أنواع الشركات ، وأحكامهما واحدة تقريبا — المغنى ٥ :٢٣ وسأتحدث عن المضاربة بشىء من التفصيل كما وعدت

(٢) البدائع ٦ : ٧٩

(٣) القوانين الفقهية ٢٧٢

(٤) الدسوقى على الشرح الكبير ٣ : ٤٥٤

(٥) بداية المجتهد ٢ : ٢٣٦

راى الباجى .

وللباجى كلام قيم فى تعليل صحة المضاربة ننقله فيما يلى :

« ووجه صحته (القراض) من جهة المعنى أن كل مال يزكو بالعمل لايجوز استئجاره للمنفعة المقصودة منه ، فإنه يجوز المعاملة عليه ببعض النماء الخارج منه ، وذلك أن الدنانير والدراهم لا تزكو إلا بالعمل وليس كل أحد يستطيع التجارة ويقدر على تنمية ماله ، ولا يجوز له إجارتها ممن ينميها ، فلولا المضاربة لبطلت منفعتها ، فلذلك أبيحت المعاملة بها على وجه القراض ؛ لأنه لايتوصل من مثل هذا النوع من المال إلى الانتفاع به فى التنمية إلا على هذا الوجه »[1]

رأى ابن تيمية

ويرى ابن تيمية أن المضاربة لا تخالف القياس فى شىء ، تمشياً مع مبدئه فى أن الشريعة لا تأتى بخلاف القياس الصحيح ، ويقول : إن الذين قالوا : المضاربة جاءت على خلاف القياس ظنوها من جنس عقود المعاوضات التى يشترط فيها العلم بالعوضين ، كالإجارة ، والحقيقة أن المضاربة من جنس عقود المشاركات ، والمشاركات جنس غير جنس المعاوضة ، وإن كان فيها شوب المعاوضة ؛ ذلك لأن المضاربة لايقصد فيها العمل ، وإنما المقصود المال ، فرب المال ليس له قصد فى نفس عمل العامل كما للمستأجر قصد فى عمل العامل ، ولهذا لو عمل ما عمل ولم يربح شيئا لم يكن له شىء ، فالمضاربة مشاركة : العامل يشارك فيها بنفع عمله ، ورب المال بنفع ماله ، وما قسم الله من الربح بينهما على الإشاعة[2] .

---

(١) المنتقى ٥ : ١٥١

(٢) القياس ٦ — ٨

شروطها.[1]

يشترط فى صيغة المضاربة :

١ — ألا تكون معلقة على شرط مستقبل . هذا عند الشافعية ، تشبيها لها بالبيع والإجارة[2] والظاهر أن المضاربة لا تصح مع التعليق عند الحنفية أيضا كما يستفاد من كلام ابن عابدين[3]

ويجوز تعليق المضاربة عند الشيعة الزيدية ، ولو كان المعلق عليه مجهولا[4]

٢ — ألا تكون مؤقتة ، فلو قال رب المال للعامل : ضارب به من وقت كذا ، أوإذا جاء وقت كذا فضارب به . أوضارب به سنة من الآن ، أوضارب به فى الصيف ، أو فى موسم العيد فقط ، أو نحو ذلك مما عين فيه زمن العمل ، فإن العقد فاسد ، لما فيه من التحجير الخارج عن سنة المضاربة[5] ، إذ فى ذلك تضييق على العامل يدخل على المضاربة مزيد غرر ؛ لأنه ربما بارت عنده سلع فيضطر عند بلوغ الأجل إلى بيعها فيلحقه ضرر[6] ، هذا عند المالكية[7] ؛ ورأى لبعض الشافعية ، لأن المضاربة عقد معاوضة يبطلها التوقيت كالبيع[8]

---

(١) نذكر من شروط المضاربة ماله مساس بموضوعنا فقط

(٢) المهذب ١ : ٣٨٦

(٣) رد المختار ٤ : ٣٢٣

(٤) البحر الزخار ٤ : ٨٢

(٥) الدسوقى على الشرح الكبير ٣ : ٤٥٦

(٦) بداية المجتهد ٢ : ٢٣٩ — هذا التعليل الذى ذكره ابن رشد لاينطبق على بعض الصور التى ذكرها الدسوقى ، وهى ماأضيفت فيها المضاربة إلى زمن مستقبل .

(٧) وقال ابن رشد : إنه رأى الجمهور — المصدر السابق

(٨) المهذب ١ : ٣٨٦

ويرى الشيعة الزيدية وبعض آخر من فقهاء الشافعية أن التوقيت المفسد للمضاربة وهو ماترتب عليه المنع من البيع ، أما ماترتب عليه منع الشراء فقط فلا يضر ، فلو قال : قارضتك سنة فإذا انقضت فلا شراء صح ، أما لو قال له فلا شراء ولا بيع لا يصح ؛ وذلك لأن رب المال يملك المنع من الشراء ، فإذا شرطه فقد شرط ما يملكه بمقتضى العقد فلم يمنع الصحة ، والعامل يستحق البيع لأجل الربح ، فإذا شرط رب المال منعه فقد شرط ما ينافي مقتضى العقد فلم يصح [1] .

وجوز تأقيت المضاربة الحنفية [2] ، والحنابلة [3] .

ويشترط فى رأس المال :

١ — أن يكون دراهم أو دنانير .

اتفق الفقهاء على أن المضاربة جائزة بالدراهم والدنانير [4] ، واختلفوا فى المضاربة بالعروض ، والمضاربة فى العروض كما يقول الإمام مالك تكون على أحد وجهين :

أحدهما : أن يقول المالك للمضارب : اشتر بهذه السلعة وبع ، فإذا فرغت فابتع لى مثل عرضى الذى دفعت إليك ، فإن فضل شىء فهو بينى

---

(١) المصدر السابق والبحر الزخار ٤ : ٨٢

(٢) ابن عابدين ٤ : ٦٧ وتقبل المضاربة الإضافة أيضا — المصدر السابق ٣٣٣

(٣) المغنى ٥ : ٦٣ ذكر أبو الخطاب فى صحة شرط التأقيت روايتان: إحداهما بالصحة والأخرى بعدمها . واختار أبو حفص العكبرى القول بعدم الصحة — المصدر السابق . وانظر فيه حجة العكبرى ورد ابن قدامة لها .

(٤) ابن عابدين ٤ : ٦٦٧ ، وبداية المجتهد ٢ : ٢٣٦ ، والمهذب ١ : ٣٨٥ ، والمغنى ٥ : ١٣ ، والمحلى ٨ : ٢٤٧

وبينك ، فهذه المضاربة لا تجوز ، لما فيها من الغرر . يقول الإمام مالك فى تعليل المنع : « لأن صاحب العرض قد يكون دفعه إلى العامل فى زمن هو فيه نافق كثير الثمن ، ثم يرده العامل حين يرده وقد رخص فيشتريه بثلث ثمنه أو أقل من ذلك،فيكون العامل قد ربح نصف ما نقص من ثمن العرض فى حصته من الربح ، أو يأخذ العرض فى زمان ثمنه فيه قليل ، فيعمل فيه حتى يكثر المال فى يده ، ثم يغلو ذلك العرض ويرتفع ثمنه حين يرده فيشتريه بكل مافى يده فيذهب عمله وعلاجه باطلا فهذا غرر لايصلح»[1] ، ولهذا لاتجوز المضاربة بما تختلف أسواقه ، ويختص ببعض الأوقات نفاقه »[2] . وقد منع هذه الصورة جمهور فقهاء الأمصار للمعنى الذى ذكره مالك[3] ، وجوزها ابن أبى ليلى[4] .

ثانيها . أن يقول صاحب العرض : خذ هذا العرض فبعه ، فما خرج من ثمنه فاشتر به وبع ، وهذه الصورة لا تجوز أيضا عند مالك ، لأن صاحب المال كما يقول مالك : قد اشترط فضلا لنفسه من بيع سلعته ومايكفيه من مؤنتها ، فكأنه قارضه على ما يعت به السلعة ، وعلى بيع السلعة نفسها ، فكان قراضا ومنفعة .[5]

واستدل الباجى على المنع بأن القراض هنا معلق على أمر مستقبل هو بيع

---

(١) الموطأ بهامش المنتقى ٥ : ١٦٥

(٢) المنتقى ٥ : ١٦٦

(٣) بداية المجتهد ٢ : ٢٣٦ ، والمحلى ٨ : ٢٤٧ ، والمهذب ١ : ٣٨٥

(٤) الموطأ مع المنتقى ٥ : ١٦٥و١٦٦ . وقارن بداية المجتهد ٢ : ٢٣٧ ، والشركات للأستاذ الخفيف ٦٩

(٥) الموطأ بهامش المنتقى ٥ : ١٦٥

العروض فلم يجز ، كما لا يجوز تعليقه على هبوب الريح ونزول المطر ، واستدل أيضا بأنه عقد اجتمع فيه قراض وإجارة فلم يجز لاختلاف مقتضاهما،[١] وزيادة على هذا فان ما يبيع به المضارب السلعة مجهول فكأنه إنما قارضه على رأس مال مجهول[٢].

ومنعها الشافعي كذلك ،لأن القراض عقد غرر ، إذ العمل فيه غير مضبوط والربح غير موثوق به ، وإنما يجوز للحاجة ، فاختص بما يروج غالبا ويسهل التجارة به ، وهو الأثمان[٣].

وتجوز عند الحنفية ، لأن العامل يكون وكيلا فى بيع العرض ، ثم مضاربا فى الثمن بعد قبضه[٤]. وتجوز أيضا عند الشيعة الزيدية ، لأنه لا مانع عندهم من تعليق المضاربة بالمجهول .[٥] وتجوز عند الظاهرية بشرط أن يحدد صاحب العرض للعامل الثمن الذى يبيع به العرض[٦].

٢ — أن يكون معلوما[٧]، فلا تجوز المضاربة على مال مجهول القدر أو الصفة[٨] ، وتكفى الاشارة إليه عند الحنفية ، والقول فى قدره وصفته للمضارب بيمينه[٩].

---

(١) المنتقى ٥ : ١٦٦

(٢) بداية المجتهد ٢ : ٢٣٧

(٣) مغنى المحتاج ٢ : ٣١٠

(٤) ابن عابدين ٤ : ٦٦٧

(٥) البحر الزخار ٤ : ٨١

(٦) المحلى ٨ : ٢٤٧

(٧) الشرح الكبير ٣ : ٤٥٤ ، والمهذب ١ : ٣٨٥ ، والمغنى ٥ : ٦٨ وتنوير الأبصار ٤ : ٦٦٧

(٨) المهذب ١ : ٣٨٥

(٩) الدر المختار ٤ : ٦٦٨

المضاربة بالجزاف :

تصح المضاربة بالجزاف عند الزيدية ؛ لأنه معلوم ، لكن لابد من معرفة قدره قبل العمل فيه ، لئلا يلتبس الربح برأس المال [1] ، وهو مذهب الحنفية ، والقول للعامل بيمينه فى قدر المال ؛ لأنه أمين رب المال فيقوم قوله مقام العلم برأس المال [2] .

وقال الشافعى والحنابلة : لا تجوز المضاربة بالجزاف ، فإن ضاربه على دراهم جزاف لم يصح ؛ لأنه مجهول القدر ، ومقتضى المضاربة رد رأس المال ، وهذا لا يمكن فيما لا يعرف قدره [3] .

المضاربة على هذا الكيس أو هذا :

تصح المضاربة عند الشيعة الزيدية على هذا الكيس أو هذا ، لأن ذلك نوع من التعليق ، والمضاربة يصح تعليقها بالمجهول [4] ، وقال الشافعية : لا تصح ولو كان ما فى الكيسين متساويا ؛ لأن المحل غير معين [5] .

ويشترط فى الربح ما يأتى :

١ — أن يبين نصيب كل من المالك والمضارب [6] ، فإن جهل نصيبهما فسدت المضاربة ؛ لأن الربح هو المعقود عليه ، وجهالة المعقود عليه تفسد

---

(١) البحر الزخار ٤ : ٨١

(٢) الدر المختار ٤ : ٦٦٨

(٣) المهذب ١ : ٣٨٥ ، والمغنى ٥ : ٦٨

(٤) البحر الزخار ٤ : ٨١

(٥) مغنى المحتاج ٢ : ٣١٠ ، وفى المذهب قول بالجواز عند التساوى فيتصرف العامل فى أيهما شاء .

(٦) البحر الزخار ٤ : ٨٠ ، والمهذب ١ : ٣٨٥ ، والشرح الكبير للدردير ٣ : ٤٥٤ والمغنى ٥ : ٦٤ وتنوير الأبصار ٤ : ٦٦٨ .

العقد[1] ، ولو عقدا المضاربة على أن يكون الربح بينهما لم تصح عند الشافعية والزيدية ؛ لأن نصيب كل منهما فى الربح مجهول ؛ لأن هذا القول يقع على التساوى وعلى التفاضل .

وقال الإمام يحيى : تصح المضاربة ، ويكون الربح بينهما مناصفة ؛ لأن ظاهر البينية النصف ، وهو وجه للشافعية[2] .

ولو قال رب المال للعامل : قارضتك على أن لى نصف الربح لم يصح على الصحيح عند الشافعية ؛ لأن الربح كله لرب المال بالملك ، وإنما يملك العامل جزءاً منه بالشرط ، ولم يشرط له فبطل العقد ، وللشافعية وجه آخر ، أن القراض يصح ؛ ويكون للعامل النصف ؛ وذلك لأن الربح بينهما فإذا شرط لنفسه النصف دل على أن الباقى للعامل ، وهذ واضح لا ينبغى أن يختلف عليه .

ولو قال : قارضتك على أن لك نصف الربح، ففيه وجهان أيضا للشافعية : أحدهما يصح وهو الصحيح ؛ لأن مالرب المال لا يحتاج إلى شرط ؛ لأنه يملكه بملك المال ، وإنما الذى يحتاج إلى شرط ما للعامل ، فإذا شرط للعامل النصف بقى الباقى على ملك رب المال .

والثانى : لا يصح ؛ لأن مالرب المال لم يبين[3] ، وهذه مبالغة غير مستساغة فى اشتراط تعيين الربح .

ولا تصح المضاربة عند الزيدية على ما يضارب به الناس ، أو ما شرطه

---

(١) تحفة الفقهاء ٣ : ٢٥

(٢) البحر الزخار ٤ : ٨٠ والمهذب ١ : ٣٨٥

(٣) المهذب ١ : ٣٨٥

فلان ؛ لعدم تعيين حصة العامل[1] .

ولو عقدا المضاربة على أن يكون للعامل شرك أو جزء أو شيء من الربح فالمضاربة فاسدة عند المالكية ؛ لجهالة الربح ؛ لأن هذه الألفاظ تطلق على النصف وعلى الأقل منه والأكثر ، وكذلك يكون العقد فاسدا لو سكتا عن بيان مقدار الربح بأن قال رب المال للعامل : خذ هذا المال وضارب به ، هذا ما لم تكن هناك عادة تبين نصيب العامل ، أو تعين الجزء ، فإن وجدت تلك العادة عمل بها ولا يفسد العقد ، وأما لو عقدا المضاربة على أن الربح مشترك بينهما فالعقد صحيح ، لأن كلمة مشترك تفيد التساوى عرفا فلا جهل فيه[2] .

٢ — أن يكون نصيب كل من المالك والمضارب مقدارا شائعا فى الربح[3] كأن يكون لكل من المالك والمضارب نصف الربح ، أو لأحدهما ثلثه ، وللآخر ثلثان ونحو ذلك .

فلا يصح اشتراط مقدار معلوم لأحدهما ، كخمسين جنيها للمضارب فى الشهر أو عشرة فى المائة للمالك من رأس ماله ، لأن الربح قد لا يزيد على ما جعل لأحدهما فيستأثر بالربح كله ، والمضاربة لا تتحقق إلا بالاشتراك فى الربح[4] ، لأن المضاربة من عقود المشاركات ، ومبنى المشاركات على العدل بين الشريكين ، فإذا خص أحدهما بربح دون الآخر لم يكن هذا عدلا ، بخلاف ما إذا كان لكل منهما جزء شائع فإنهما يشتركان فى المغنم والمغرم[5] .

---

(١) البحر الزخار ٤ : ٨٢

(٢) الشرح الكبير للدردير ٣ : ٤٥٦

(٣) الشرح الكبير للدردير ٣ : ٤٥٤ ، وتنوير الأبصار ٤ : ٦٦٨

(٤) المهذب ١ : ٣٨٥

(٥) القياس لابن تيمية ٨

جاء فى المغنى : « قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض إذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة . . . . »
قال ابن قدامة : وإنما لا يصح ذلك لمعنيين :

أحدهما : أنه إذا شرط دراهم معلومة احتمل ألا يربح غيرها ، فيحصل على جميع الربح ، واحتمل ألا يربحها فيأخذ من رأس المال جزءاً ، وقد يربح كثيرا فيستضر من شرطت له الدراهم .

ثانيهما : إن حصة العامل ينبغى أن تكون معلومة بالأجزاء لما تعذر كونها معلومة بالقدر ، فإذا جهلت الأجزاء فسدت ، كما لو جهل القدر فيما يشترط أن يكون معلوماً به ، ولأن العامل متى شرط لنفسه دراهم معلومة ربما توانى فى طلب الربح ، لعدم فائدته فيه ، وحصول نفعه لغيره ، بخلاف ما إذا كان له جزء من الربح[1] .

حالة يصح فيها اشتراط مبلغ محدد :

قلنا إنه لا يصح اشتراط مبلغ محدد من الربح لرب المال أو للعامل ، لأنه قد يؤدى إلى عدم الاشتراك فى الربح ، وهو شرط لتحقق المضاربة ، ولذا إذا كان اشتراط المبلغ المحدد لا يترتب عليه عدم الاشتراك فى الربح ، فإنه يجوز ، وذلك كما لو اشترط رب المال أو العامل أن يكون له مائة جنيه إن زاد الربح عليها ، ويكون الباقى بينهما مناصفة مثلا .

جاء فى البحر الزخار : « فإن قال أحدهما على أن لى عشرة إن ربحنا أكثر منها أو ما يزيد عليها صحت ، ولزم الشرط ، إذ لا مقتضى للفساد[2] » .

---

(١) المغنى ٥ : ٣٤

(٢) البحر الزخار ٤ : ٨٢

أما لو شرط لأحدهما مائة من الربح ، والباقى مناصفة فلا يجوز ؛ لأن هذا الشرط قد يؤدى إلى عدم الاشتراك فى الربح [(١)] .

اشتراط ربح مبلغ معين لكل منهما

ولا تصح المضاربة إذا جعل لكل من رب المال والعامل ربح مبلغ معين كأن يكون مال المضاربة ألفين فيجعل لرب المال ربح هذه الألف ، وللعامل ربح الألف الأخرى ، كما لا تجوز إذا جعل لأحدهما ربح سفرة ، وللآخر ربح السفرة الثانية ، أو جعل لأحدهما ربح سنة وللآخر ربح سنة ؛ لأن هذا قد يؤدى إلى عدم الاشتراك فى الربح فقد يربح فى حالة دون حالة[(٢)] .

هذا وأكتفى بهذا القدر من التطبيقات ؛ لأن فيه التأييد الكافى للقاعدة التى قررناها فى أول هذا الفصل وهى : أن الغرر يؤثر فى سائر عقود المعاوضات المالية قياسا على عقد البيع .

---

(١) المهذب ١ : ٣٨٥ — ٣٨٦

(٢) المغنى ٥ : ٣٤

الفصل الثاني

أثر الغرر فى عقود التبرعات

مذهب المالكية

لا أثر للغرر فى عقود التبرعات

يمتاز المذهب المالكى عن سائر المذاهب بأن فيه قاعدة عامة بالنسبة للغرر فى عقود التبرعات وهى : « أن جميع عقود التبرعات لا يؤثر الغرر فى صحتها » وقد قرر هذه القاعدة القرافى بوضوح حيث يقول :

« . . . وقد فصل مالك بين قاعدة ما يجتنب فيه الغرر والجهالة . . . وقاعدة ما لا يجتنب فيه الغرر والجهالة ... وانقسمت التصرفات عنده ثلاثة أقسام، طرفان وواسطة ، فالطرفان أحدهما : معاوضة صرفة، فيجتنب فيها ذلك إلا ما دعت الضرورة إليه عادة ... وثانيهما : ما هو إحسان صرف لا يقصد به تنمية المال كالصدقة والهبة ... فإن هذه التصرفات إن فاتت على من أحسن إليه بها لا ضرر عليه ، لأنه لم يبذل شيئاً بخلاف القسم الأول إذا فات بالغرر والجهالة ضاع المال المبذول فى مقابلته ، فاقتضت حكمة الشرع منع الجهالة فيه، أما الإحسان الصرف فلا ضرر فيه ، فاقتضت حكمة الشرع وحثه على الإحسان التوسعة فيه بكل طريق بالمعلوم والمجهول ، فإن ذلك أيسر لكثرة وقوعه قطعاً ، وفى المنع من ذلك وسيلة إلى تقليله ، فإذا وهب له بعيره الشارد جاز أن يجده فيحصل له ما ينتفع به ، ولا ضرر عليه إن لم يجده ، لأنه لم يبذل شيئا ، وألحق مالك الخلع بهذا الطرف ، لأن العصمة وإطلاقها ليست من باب ما يقصد للمعاوضة ، بل شأن الطلاق أن يكون بغير شىء فهو كالهبة

ثم إن الأحاديث لم يرد فيها ما يعم هذه الأقسام حتى نقول : يلزم منه مخالفة نصوص صاحب الشرع ، بل إنما وردت فى البيع ونحوه .

وأما الواسطة بين الطرفين فهو النكاح ... »[١]

ابن تيمية يوافق المالكية :

وافق ابن تيمية المالكية فى رأيهم بالنسبة لتأثير الغرر فى العقود ، فقرر أن الغرر يؤثر فى عقود المعاوضات ، ولا يؤثر فى عقود التبرعات[٢] .

المذاهب الاخرى :

لم أر قاعدة عامة فى غير مذهب مالك بالنسبة لتأثير الغرر أو عدم تأثيره فى عقود التبرعات ، غير أن الفقيه المالكى القرافى يذكر عن الشافعى : أنه يمنع الغرر فى جميع التصرفات ، وذلك فى أثناء تقريره لمذهب مالك فيقول : «وردت الأحاديث الصحيحة فى نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وعن بيع المجهول ، واختلف العلماء بعد ذلك ، فمنهم من عممه فى التصرفات ، وهو الشافعى ، فمنع من الجهالة فى الهبة ، والصدقة ، والإبراء ، والخلع ، والصلح وغير ذلك»[٣] .

ويوافق ابن تيمية القرافى فيقول عن الشافعى : « . . . وقاس على بيع الغرر جميع العقود من التبرعات والمعاوضات ... »[٤]

---

(١) الفروق للقرافى ١ : ١٥٠ — ١٥١ الفرق الرابع والعشرون مع قليل من التصرف. وستتحدث عن النكاح فى الفصل الثالث .

(٢) فتاوى ابن تيمية ٣ : ٣٤٢ — ٣٤٣

(٣) الفروق للقرافى ١ : ١٥٠

(٤) القواعد النورانية الفقهية ١٢٢ و٢١٦ ، وانظر أيضا المدخل للفقه الإسلامى للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ٥٨١ فنيه : « أن الشافعية يشترطون تعيين المحل بما يرفع الجهالة المنفية للغرر فى عقود التبرعات والمعاوضات » .

ولا أريد أن أثبت أو أنفى ما قاله هذان العالمان الجليلان عن مذهب الشافعى فى هذه المرحلة من البحث ، ولكن مما لا نزاع فيه أن جميع المذاهب - غير مذهب مالك - تجعل للغرر تأثيراً على عقود التبرعات على اختلاف بينهم فى مدى هذا التأثير .

وسأبحث فيما يلى عقدين من عقود التبرعات هما : الهبة ، والوصية ، لنستبين لنا وجهة نظر الفقهاء فى هذا الموضوع .

الهبـة[1]

الهبة هى تمليك العين مجانا حال الحياة[2] ، ولا خلاف فى جوازها[3] .

المالـكية :

لا تأثير للغرر على صحة الهبة عند المالـكية :

يقرر فقهاء المالـكية هذه الحقيقة بعبارات واضحة فيقول ابن رشد : « ولا خلاف فى المذهب فى جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود ، وبالجملة كل ما لا يصح بيعه فى الشرع من جهة الغرر »[4] .

ويقول ابن جزى : « وتجوز هبة ما لا يصح بيعه كالعبد الآبق ، والبعير الشارد والمجهول ، والثمرة قبل بدو صلاحها ، والمغصوب »[5] .

---

(١) نتكلم عن هبة العين لغير الثواب ، وهى النوع الذى ينصرف إليه اللفظ عند الإطلاق وانظر أنواع الهبات فى بداية المجتهد ٢ : ٣٣١ — ٣٣٠

(٢) مغنى المحتاج ٢ : ٣٩٦ ، وابن عابدين ٤ : ٦٩٩

(٣) بداية المجتهد ٢ : ٣٣١

(٤) بداية المجتهد ٢ : ٣٢٩

(٥) القوانين الفقهية ٣٥٢ وانظر أيضاالمدونة ١٥ : ١١٩و ١٢٠ و١٢٢ و١٢٣ و١٢٤ والدسوقى على الشرح الكبير ٤ : ٩٩

الإباضية :

مذهب الإباضية قريب من مذهب المالكية فقد جاء فى شرح كتاب النيل : أن الهبة تصح فى كل مملوك [1]، وجاء فيه أيضا : أن هبة ما فى بطن البهيمة جائز [2]، وجاء فى موضع آخر منه : أن هبة المجهول تجوز عند كثير من علمائهم ، لأن الهبة تحتمل ما لا يحتمله البيع من وجوه الغرر [3]،وفى المذهب أقوال أخرى فى هبة المجهول [4] ، والقول بالصحة هو الذى يتفق مع قولهم إن الهبة تصح فى كل مملوك ، والواقع أن هذا الضابط يجعل أكثر أوجه الغرر المؤثرة فى البيع غير مؤثرة فى الهبة .

الشافعية :

يؤثر الغرر فى الهبة كما يؤثر فى البيع

ويرى فقهاء الشافعية عكس ما يراه فقهاء المالكية تماما ، فالقاعدة العامة عندهم : أنه يشترط فى الموهوب ما يشترط فى المبيع ، يقول النووى : « وما جاز بيعه جاز هبته ، وما لا كمجهول ومغصوب وضال فلا [5] » .

---

(١) شرح كتاب النيل ٦ : ٣

(٢) المصدر السابق ٦ : ١٣

(٣) المصدر السابق ٦ : ٨

(٤) قال ابن عبد العزيز : لاتجوز الهبة إلا فى المعلوم ، وقال بعض علمائهم : تجوز الهبة فى المعلوم بالوصف ، ولا تجوز فى المجهول من كل وجه ــ شرح كتاب النيل ٦ : ١٣ ، وهـذا الرأى الثانى قريب مما جاء فى نفس الكتاب فى باب الوصية من أن الجهل الذى يجوز فى الهبة هو الجهل الذى قد يزول ، لأنه قد قارنه ما يميز به مثل أن يقول : وهبت لك ما فى الغرفة ، فإن الغرفة يمكن دخولها ، والعلم بما فيها ، ومثل أن يقول : وهبت لك ما فى ذمة فلان فيقبل ، ولا يدرى كم فيها ، وبعد ذلك يتبين ، لأن فى ذلك طرفا من العلم ، أما الجهل المحض فلا يجوز فى الهبة ، فلو قال : وهبت لك سهما من مالى ، أو جزءا منـه لاتصح الهبة ــ المصدر السابق ٦ : ٣٦٣

(٥) المنهاج مع مغنى المحتاج ٢ : ٣٩٩

ويقول الشيرازى : وما لا يجوز بيعه من المجهول، وما لا يقدر على تسليمه، وما لم يتم ملكه عليه كالمبيع قبل القبض لا تجوز هبته ؛ لأنه عقد يقصد به تمليك المال فى حال الحياة فلم يجز فيما ذكرناه كالبيع[1]

والجامع بين الهبة والبيع أن كلا منهما تمليك فى حال الحياة[2].

استثناءات :

استثنى الشافعية من قاعدة « مالا يجوز بيعه لا تجوز هبته » حالات قليلة لا يجوز فيها البيع للغرر ، وتجوز فيها الهبة . أهمها :

١ — تجوز هبة الثمار قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع ، ويكلف المتهب بالقطع إذا طلبه الواهب وإن لم يكن منتفعا به .

٢ — لو اختلط حمام برجين فوهب صاحب أحدهما نصيبه للآخر فإن الهبة تصح على الصحيح ، وإن كان الموهوب مجهول القدر والصفة للضرورة .

٣ — المعتمد فى مذهب الشافعية فى توزيع التركة إذا كان بين الورثة خنثى أن يعامل الخنثى ومن معه بأسوأ الحالين ، ويوقف ما بقى إلى أن يتبين حال الخنثى ، أو يتصالح الورثة بتساو أو بتفاوت، ولا بد أن يجرى بينهم تواهب، ويصح هذا التواهب مع الجهل بالموهوب للضرورة[3]

ولا يجوز عند الشافعية تعليق الهبة على شرط مستقبل ؛ لأنها كما يقول

---

(١) المهذب ١ : ٤٥٢

(٢) مغنى المحتاج ٢ : ٣٩٩

(٣) المصدر السابق ، ونهاية المحتاج ، مع حاشية الشبراملسى ٥ : ٢٩٩ وانظر فيها باق المستثنيات ، وانظر أيضا الميراث فى الشريعة الإسلامية للمؤلف ١٩٥.

الشيرازى : عقد يبطل بالجهالة فلم يجز تعليقه على شرط مستقبل كالبيع[١]

وهذا مردود بالحديث ، فعن أم كلثوم بنت أبى سلمة قالت : لما تزوج النبى صلى الله عليه وسلم أم سلمة قال لها : إنى قد أهديت إلى النجاشى حلة وأواقى من مسك ، ولا أرى النجاشى إلا قد مات ، ولا أرى هديتى إلا مردودة ، فإن ردت على فهى لك ، قالت : وكان كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وردت عليه هديته ، فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية مسك ، وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة[٢] .

الشيعة الزيدية :

والشيعة الزيدية كالشافعية يشترطون فى الموهوب ما يشترط فى المبيع ، يقول المرتضى : « وما يصح بيعه صحت هبته اتفاقا إذ هى تمليك ، ومالا فلا »[٣]

ولا يصح عندهم تعليق الهبة بالشرط المستقبل كالشافعية[٤] .

الظاهرية :

يتفق الظاهرية مع الشافعية والزيدية فى منع هبة المجهول والمعدوم، ويعللون ذلك بأن هبة المجهول من أكل المال بالباطل ، وبأن المعدوم ليس بشىء ، فمن وهب معدوما فإنه لم يهب ، يقول ابن حزم : « لا تجوز هبة إلا فى موجود ، معلوم ، معروف القدر والصفات والقيمة ، وإلا فهى باطلة مردودة . وكذلك ما لم يخلق

(١) المهذب ١ : ٤٥٢ .

(٢) روى هذا الحديث أحمد وأخرجه أيضا الطبرانى والحاكم وإسناده حسن ، نيل الأوطار ٦ : ١٠٠ و١٠٢

(٣) البحر الزخار ٤ : ١٣٣

(٤) المصدر السابق ٤ : ١٣٢

بعد كمن وهب ما تلد شاته ... أو ما يحمل شجره العام ..؛ لأن المعدوم ليس شيئا ... والهبة تقتضى موهوبا، فمن وهب معدوما لم يهب شيئا ... وقد حرم الله على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم أموال الناس إلا بطيب أنفسهم، ولا يجوز أن تطيب النفس على ما لا تعرف صفاته، ولا ما هو، ولا ما قدره، ولا ما يساوى، وكذلك من وهب شيئا غير معين من جملة أشياء، كمن يهب درهما من هذه الدراهم، أو دابة من هذه الدواب، أو رطلا من هذا الدقيق، سواء فى ذلك ما اختلفت أبعاضه أو لم تختلف، فهذا كله باطل؛ لما ذكرنا »[1].

وينبغى أن ننبه إلى أن الظاهرية لا يمنعون الهبة فى هذه الحالات للغرر قياسا على البيع، كما يرى الشافعية والزيدية، وإنما يمنعونها للمعانى التى ذكرناها، لأنهم لا يقولون بالقياس، فلا محل إذن للكلام عن تأثير الغرر عندهم فى غير عقد البيع، إذا التزمنا التقيد بأصولهم، أما إذا سرنا على الضوابط التى وضعناها للغرر فإنا نستطيع أن نقرر أن الغرر يؤثر فى عقد الهبة عند الظاهرية.

الحنفية.

تأثير الغرر فى الهبة أخف قليلا من تأثيره فى البيع:

لم أر للحنفية قاعدة عامة بالنسبة لتأثير الغرر فى الهبة أو عدم تأثيره، كما رأينا ذلك عند المالكية والشافعية والزيدية، ولكن يظهر من تتبع أحكام الهبة عند الحنفية أن الغرر يؤثر فيها إلى درجة كبيرة، مما يجعل مذهبهم قريبا من مذهب الشافعية والزيدية، ولكن مما لا شك فيه أن تأثير الغرر فى الهبة

---

(١) المحلى ٩ : ١١٦ و١٥٢ بتصرف

أخف عندهم على وجه العموم من تأثيره فى البيع .(١)

يؤيد ذلك أن الحنفية يشترطون فى صيغة الهبة ألا تكون مضافة ، كما يشترطون ذلك فى البيع ، فلو قال : وهبتك هذا القلم أول الشهر القادم لا تصح الهبة ، أما التعليق فقد اختلفت عبارات الفقهاء فى حكم الهبة معه ، فقال بعضهم : لا تصح الهبة مع التعليق كالبيع ، وقال آخرون : تصح إذا علقت بالشرط الملائم دون غيره(٢) .

ويشترطون أيضا أن يكون الموهوب معلوما ومعينا فلو قال : وهبتك شيئا من مالى لا يصح للجهل بالموهوب ، ولو قال : وهبتك أحد هذين الفرسين لا يصح أيضا ، لعدم تعيين الموهوب(٣) .

ولكن يبدو أن الحنفية يغتفرون من الغرر الناشىء عن الجهالة فى الهبة ما لا يغتفرونه فى البيع ، من ذلك ما جاء فى تنوير الأبصار : « ولا تصح هبة لبن فى ضرع ، وصوف على غنم ... ولو فصله وسلمه جاز » ويعللون المنع بأن هذه الأشياء فى حكم المشاع ، فلو فصلت وسلمت فقد زال المانع(٤) ، مع أنا قد رأينا أن بيع اللبن فى الضرع لا يجوز ؛ لما فيه من الغرر(٥) ومثله بيع الصوف على ظهر البهيمة .

ويشترطون كذلك وجود الموهوب وقت الهبة فلا تصح هبة عنب بستان

---

(١) انظر المدخل للفقه الإسلامى للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ٥٨١

(٢) ابن عابدين ٤ : ٣١٤و٣٢٢و٣١٧ ، والبدائع ٦ : ١١٨

(٣) المجلة المدلية مادة ٨٥٨ ، وانظر مجمع الضمانات ٣٣٨

(٤) ابن عابدين ٤ : ٥٠٧

(٥) انظر ص ٢٥١

قبل ظهوره ، ولا ولد بهيمة لم يولد ، كما لا تصح هبة دقيق فى بر ، ودهن فى سمسم ، وسمن فى لبن ، وإن سلمها مفرزة ؛ لأنها معدومة حكما ، وكذا لا تصح هبة الحمل ولو سلم بعد الولادة ، لأن فى وجوده احتمالا فصار كالمعدوم[١] .

والظاهر أن فى اشتراط القدرة على التسليم خلافا بين فقهاء الحنفية ، فقد جاء فى ابن عابدين : « رجل أضل لؤلؤة فوهبها لآخر ، وسلطه على طلبها ، وقبضها متى وجدها ، قال أبو يوسف : هذه هبة فاسدة ؛ لأنها على خطر ، والهبة لا تصح مع الخطر ، وقال زفر : تجوز »[٢] .

ومن مظاهر هذا الخلاف أيضا اختلاف أبى يوسف ومحمد فى صحة هبة المشترى المبيع المنقول قبل قبضه مع اتفاقهما على منع بيعه[٣] ، فقد قال محمد : إن المشترى إذا وهب المنقول قبل قبضه وأمر الموهوب له بالقبض من البائع فقبضه فالهبة صحيحة ؛ لأن الهبة لا تتم إلا بالقبض ، فإذا أمر المشترى الموهوب له بالقبض فقد أنابه مناب نفسه فى القبض فصار بمنزلة الوكيل له ، فإذا قبض بأمره يعتبر قابضا عنه أولا بطريق النيابة ، ثم يصير قابضا لنفسه فتتم الهبة .

وقال أبو يوسف : لا تصح الهبة ، كما لا يصح البيع ؛ لأن العلة التى من أجلها منع البيع قبل القبض وهى الغرر ، موجودة هنا ، فإن غرر الانفساخ بالهلاك لا يؤمن إلا بالملك المطلق ، وهو ملك الرقبة واليد معا[٤] .

---

(١) المجلة العدلية مادة (٨٥٦) ، والبدائع ٦ : ١١٩ ، وابن عابدين ٤ : ٦٧٥ ويفرق الحنفية بين الهبة والوصية حيث جازت الوصية بالمعدوم ، ولم تجز الهبة بأن الهبة تمليك للحال ، وتمليك المعدوم محال ، والوصية تمليك مضاف إلى مابعد الموت . البدائع ٦ : ١١٩

(٢) ابن عابدين ٤ : ٧٠٠ ، وانظر أيضا مجمع الضمانات ٣٢٩

(٣) انظر ص ٣٢٤

(٤) البدائع ٥ : ١٨٠ وابن عابدين ٤ : ٢٢٥

فأبو يوسف يسير حسب القاعدة التى ذكرتها فى الكلام عن بيع المشترى المنقول قبل قبضه وهى « كل عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل قبضه فالتصرف فيه غير جائز » أما محمد فقد استثنى من هذه القاعدة كل تصرف لا يتم إلا بالقبض ، كالهبة والصدقة والرهن والقرض للمعنى الذى ذكرته[١] .

الحنابلة :

الحنابلة كالحنفية يؤثر الغرر عندهم فى الهبة ، ولكن بدرجة أخف من تأثيره فى البيع ، فلا يصح عندهم تعليق الهبة على شرط مستقبل ، كما إذا جاء رأس الشهر[٢] أو قدم فلان فقد وهبتك كذا ، كما لم يصح تعليق البيع[٣] ، وكذلك لا يصح توقيتها ، فلو قال : وهبتك هذا سنة لا تصح ؛ لأنها تمليك عين فلا توقت كالبيع[٤] .

---

(١) أورد ابن عابدين على القاعدة الأصلية والقاعدة المستثناة العتق والتدبير ، فلو أعتق المشترى المبيع أو دبره قبل قبضه يصح اتفاقا مع أن كلا منهما يتم قبل القبض ، وهو تصرف ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض ، ابن عابدين ٤ : ٢٢٥

(٢) هكذا مثل البهوتى ، وهو تمثيل شائع عند الشافعية أيضا للتعليق . انظر المجموع ٩ : ٣٤٠

(٣) كشاف القناع ٤ : ٢٥٨ ، والمغنى ٥ : ٥٩٩ ، ويؤول الحنابلة قول الرسول صلى الله عليه وسلم لأم سلمة فى الحلة المهداة إلى النجاشى : « إن رجعت إلينا فهى لك » على أنه عدة لاهبة ، وهو تأويل متكلف .

(٤) المصدر السابق ، ويستثنى من بطلان الهبة مع التوقيت العمرى والرقبى فيصحان مع أنهما هبة مؤقتة بعمر الواهب أو الموهوب له ، ولكن ينتقل بهما الملك إلى الموهوب له ، أى يبطل شرط التوقيت ، وتكون تمليكا مطلقا ، وانظر أحكامهما فى المغنى ٥ : ٦٢٤ — ٦٢٨

وهبة المجهول لا تصح عند الحنابلة فلا تجوز هبة الحمل فى البطن ، واللبن فى الضرع ، كما لا يجوز أن يقول : وهبتك شاة من غنمى . ويستثنى من هـذا الحكم المجهول المتعذر علمه ، وذلك كما لو اختلط مال اثنين على وجه لا يتميز فوهب أحدهما ماله للآخر ، فإن الهبة تصح[١] . وذكر ابن قدامة عبارة تفيد أن الجهل المفسد للهبة هو جهل الواهب ، أما جهل الموهوب له وحده فلا يمنع صحة الهبة وهذا نص عبارته : « ويحتمل أن الجهل إذا كان فى حق الواهب منع الصحة ؛ لأنه غرر فى حقه ، وإن كان من الموهوب له لم يمنعها ؛ لأنه لا غرر فى حقه فلا يعتبر فى حقه العلم بما يوهب له كالموصى له »[٢] .

ولا يصح عندهم هبة المعدوم ، فهبة ما تثمره الشجرة وما تلده البهيمة لا تجوز ؛ لأن الهبة — كما يقول ابن قدامة — عقد تمليك فى الحياة فلم تصح فى هذا كله كالبيع[٣] ، ولأن المعدوم — كما يقول البهوتى — ليس بشىء فلا يقبل العقد[٤] .

ولا تصح كذلك هبة مالا يقدر على تسليمه كالآبق والشارد والطاير فى الهواء والسمك فى الماء ؛ لأن ذلك — كما يقول البهوتى — لا يتأهل للقبض والقبض من ماهية العقد .

---

(١) كشاف القناع ٤ : ٢٥١و٢٥٧و٢٥٨

(٢) المغنى ٥ : ٥٩٨

(٣) المغنى ٥ : ٥٩٨

(٤) كشاف القناع ٤ : ٢٥٨

وكذلك لا تصح هبة المرهون والمغصوب لمن لا يقدر على أخذه من غاصبه[1] .

القانون

تنص المادة (٤٩٢) من التقنين المدنى المصرى على ما يأتى :

« تقع هبة الأموال المستقبلة باطلة » وهذا يعنى أن القانون يشترط أن يكون الشىء الموهوب موجودا وقت الهبة ، فلا يجوز أن يهب شخص لآخر ما تنبته أرضه ، أو ما تلده بهيمته .

وهبة المال المستقبل باطلة بطلانا مطلقا ، لا تلحقها الإجازة ، ويجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللقاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه[2] .

وهذا الحكم استثناء من القاعدة العامة فى القانون التى تقضى بجواز التعامل فى الشىء المستقبل[3] سببه أن القانون أخذ أحكام الهبة من الفقه الإسلامى وخاصة المذهب الحنفى[4] ، وقد جاء فى الوسيط أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تشير إلى أن بطلان هبة المال المستقبل تطبيق لأحكام الشريعة الإسلامية فى مبدئها العام الذى يقضى بعدم جواز التعامل فى المعدوم ، ولكن قصر التطبيق هنا على الهبة دون المعاوضات حيث أجيز التعامل فى الشىء المستقبل لإزالة العوائق عن التعامل العادى[5] .

---

(١) كشاف القناع ٤ : ٢٥٨ ، والمغنى ٥ : ٥٩٧ ، وذكر ابن قدامة احتمالا فى صحة بيع مالا يقدر على تسليمه ، وذلك بناء على القول بأن القبض ليس بشرط فى الهبة ، تشبيهاً للهبة بالوصية ، لأن كلا منهما تمليك بغير عوض .

(٢) الوسيط للدكتور السنهورى ٥ : ١١٧

(٣) راجع ص ٣٨٥

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ : ٢٤١ ، ٢٦٠

(٥) الوسيط للدكتور السنهورى ٥ : ١١٧ هامش

ولست أدرى ، لماذا تزال العوائق عن التعامل العادى ولا تزال عن الهبة ؟ أليست الهبة من التعامل العادى بين الناس ؟ ثم إن القول بأن المبدأ العام فى الشريعة الإسلامية عدم جواز التعامل فى المعدوم قول لا يتفق مع الفهم الصحيح لرأى الشريعة الإسلامية فى هذه المسألة ، فقد سبق أن بينا أنه ليس فى الشريعة الإسلامية النهى عن التعامل فى المعدوم ، وإنما فيها النهى عن بيع المعدوم الذى يحتوى على غرر ممنوع (١) .

ويقول الدكتور السنهورى : إن السبب فى منع هبة المال المستقبل يرجع إلى ما تنطوى عليه هبة المال المستقبل من خطر ، فإن الواهب يندفع إلى هبة مال مستقبل أكثر مما يندفع إلى هبة مال حاضر ، فأراد المشرع أن يحميه من هذا الاندفاع بإبطال هبته (٢) .

وأقول : إن الخطر موجود فى بيع المال المستقبل ، كما هو موجود فى هبته ، وضرر هذا الخطر فى البيع أوضح وآكد منه فى الهبة ، فلم لم يحم المشرع البائع والمشترى من التعرض لذلك الخطر ؟ .

إنى أرى أن المشرع بأخذه هذا الحكم من المذهب الحنفى قد أحدث استثناء لا مبرر له ، ترتب عليه عدم انسجام فى أحكام القانون ، فإن القانون الذى يجيز بيع الأشياء المستقبلة ، مع ما فى ذلك من غرر ، لا يصح أن يمنع هبة الأشياء المستقبلة ، وبالرغم من أنى لا أوافق على مسلك القانون فى تجويز بيع الأشياء المستقبلة من غير تقييد ، فإنى أرى أن القانون لو أخذ فى هبة الأشياء المستقبلة بمذهب المالكية فجوزها لجاءت أحكامه منسجمة مع نفسها على الأقل ، ومتفقة مع الرأى الصحيح فى الشريعة الإسلامية .

---

(١) راجع ص ٣٥٢ — ٣٥٨

(٢) الوسيط ٥ : ١١٧

هذا بالنسبة لوجود الشيء الموهوب ، أما بالنسبة لتعيينه فيسرى عليه ما يسرى على المبيع ، لأن الأحكام العامة فى القانون بالنسبة لتعيين المحل تطبق على البيع ، كما تطبق على الهبة [1] ، فالقانون فى هذا يوافق رأى جمهور الفقهاء ، ويخالف رأى المالكية ، وقد بينا أن رأى المالكية أولى بالاتباع .

النتيجة :

يتبين من هذا العرض أن الغرر لا أثر له فى صحة الهبة عند المالكية ، وأنه يؤثر فى صحة الهبة ، كما يؤثر فى صحة البيع عند الشافعية ، والشيعة الزيدية ، أما سائر المذاهب فلم تلتزم قاعدة مضطردة ، ولكن الأحكام الفرعية تجعل مذهب الحنفية والحنابلة قريبا من الشافعية ، وتجعل مذهب الإباضية قريبا من مذهب المالكية .

ولا شك فى أن مذهب المالكية أرجح المذاهب فى هذا الموضوع ؛ لأن الغرر فى الهبة لا يفضى إلى منازعة ، وليس فيه أكل للمال بالباطل ، وهى العلة التى من أجلها منع فى البيع ، فلا وجه إذن لقياس الهبة على البيع .

أما القانون فقد جعل تأثير الغرر فى الهبة أكثر من تأثيره على البيع مخالفا فى ذلك جميع المذاهب الفقهية .

الوصيـة

تعريفها :

الوصية هى : تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع [2] .

---

(١) العقود المسماة للدكتور محمد كامل مرسى ٢ : ٤٠ .

(٢) ابن عابدين ٥ : ٥٦٨ ، وانظر الوصايا للاستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ٢٥٤ — ٢٥٩ .

أثر الغرر فيها :

يغتفر من الغرر فى الوصية ما لا يغتفر فى البيع عند جميع الفقهاء .

فعند الحنفية الشرط فى الموصى به أن يكون قابلا للتمليك ، بعد موت الموصى بعقد من العقود [1] ، فتصح عندهم الوصية بما تثمر نخيله ، وإن كان الموصى به معدوما وقت العقد ؛ لأنه يقبل التمليك بعقد المساقاة ، وعند موت الموصى يأخذ الموصى له الثمرة الموجودة وقت الموت ، ولا يأخذ ما يوجد بعد ذلك إلا إذا قرن الموصى وصيته بما يفيد التأبيد بأن قال : أوصيت بثمرة بستانى لفلان أبدا ، فللموصى له ما يجد من الثمر طول حياته [2].

كما تصح الوصية بالولد فى البطن — الحمل — وبلبن البهيمة وصوفها ويكون للموصى له ما وجد من هذه الأشياء عند موت الموصى فقط ،ولو كانت الوصية مقرونة بما يفيد التأبيد . ويفرق الحنفية بين الوصية المؤبدة بالثمرة ، والوصية المؤبدة بالحمل ، واللبن ، والصوف ، أن القياس — كما يقول ابن عابدين : يأبى تمليك المعدوم ، إلا أن الثمرة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها بالمعاملة ، فاقتضى ذلك جوازه فى الوصية بطريق الأولى ؛ لأن بابها أوسع ، أما الولد واللبن والصوف المعدوم ، فلا يجوز إيراد العقد عليها أصلا ، ولا تستحق بعقد ما ، فلا تدخل فى الوصية ، وذلك بخلاف الموجود منها فإنه يستحق بعقد البيع تبعا ، وبعقد الخلع مقصودا ، فكذا بالوصية ، ولهذا قالوا : لا تصح الوصية

---

(١) ابن عابدين ٥ : ٥٧٠ ، وانظر الوصايا للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ٣٦٨

(٢) ابن عابدين ٥ : ٦٠٨ ، والميراث والوصية للأستاذ زكريا البرديسى ١٢٤ وفى الفتاوى الهندية أنه إذا لم تكن فى البستان ثمار قائمة عند الموت يكون للموصى له ما يحدث بعد الموت إلى أن يموت هو ، ولو لم تكن الوصية مؤبدة ، وهذا استحسان ، والقياس أن تبطل الوصية ، ولا تنصرف إلى ما يحدث بعد الموت : الفتاوى الهندية ٦ : ١٣٤ وقارن المادة (٥٥) من قانون الوصية .

بما تلده أغنامه ؛ لأنه لا يقبل التمليك بعقد من العقود[1] . وكما جازت الوصية بالمعدوم فى الصور التى ذكرناها ، تجوز عند الحنفية أيضا الوصية بالمجهول فتجوز الوصية بجزء أو سهم أو نصيب أو بعض من ماله ، ويكون البيان للورثة ، فيقال لهم : أعطوه ما شئتم ؛ لأن الوصية « لا تمتنع بالجهالة ، والورثة قائمون مقام الموصى فكان إليهم بيانه »[2] ويصح تعليق الوصية وإضافتها ؛ لأنها لاتفيد أثرها إلا بعد الموت ، فهى مضافة بطبيعتها[3] .

وعند المالكية تصح الوصية بالمعدوم ، فيجوز أن يوصى بما تلده غنمه[4] ، كما تصح بالمجهول ، فلو قال : أوصيت لفلان بجزء أو سهم من مالى صحت الوصية ، ويعطى الموصى له سهما من أصل الفريضة ، هذا إذا كان للميت ورثة أما إذا لم يكن له ورثة فللموصى له سهم من ستة عند ابن القاسم ، وسهم من ثمانية عند أشهب .[5]

ولو قال : أوصيت لفلان بشاة من غنمى صحت الوصية أيضا ، وشارك الموصى له الورثة بنسبة الجزء الذى أوصى به إلى الموصى فيه ، فلو كان له فى المثال السابق عشرة يوم التنفيذ كان الموصى له شريكا بالعشر — هذا إذا كان للموصى غنم يوم الوصية ، أما إذا لم يكن له غنم فللموصى له قيمة شاة وسط[6] .

---

(١) ابن عابدين ٥ : ٥٧٣و٥٧٠و٦٠٩

(٢) ابن عابدين ٥ : ٥٨٨ . والوصايا للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ٣٨٠

(٣) ابن عابدين ٤ : ٣١٧و٣٢٣ . وانظر أيضا الوصايا للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ٩٩و٣٠٨ ــ ٣٠٩

(٤) الدسوقى على الشرح الكبير ٤ : ٤٣٣

(٥) الدسوقى على الشرح الكبير ٤ : ٤٤٧

(٦) الدسوقى على الشرح الكبير ٤ : ٤٣٩ ــ ٤٤٠ . وانظر المدونة ١٥ : ٢ ــ ٦

وعند الشافعية تصح الوصيه بالمجهول ، كالحمل ، واللبن فى الضرع ، وشاة من غنمه ، وجزء من ماله ، ويعطى الورثة الموصى له ماشاءوا ، وتصح بما لايقدر على تسليمه كالطير الطائر والعبد الآبق ؛ لأن الموصى له ، كما يقول الشيرازى : « يخلف الميت فى ثلثه كما يخلفه الوارث فى ثلثيه ، فلما جاز أن يخلف الوارث الميت فى هذه الأشياء جاز أن يخلفه الموصى له » ؛ ولأن الوصية — كما يقول النووى : تقبل الغرر والجهالة .

وتصح الوصية بالمعدوم على الأصح ، فإن أوصى بما تلده البهيمة أو بما تثمره الشجرة جاز ؛ لأن الوصية احتمل فيها وجوه من الغرر رفقا بالناس وتوسعة ، فتصح بالمعدوم كما تصح بالمجهول ؛ ولأن المعدوم يصح تملكه بعقد السلم والمساقاة والإجارة ، فكذا بالوصية . وقال بعض فقهاء الشافعية : لاتصح الوصية بالمعدوم ؛ لأن التصرف يستدعى متصرفا فيه ولم يوجد[1] .

ويجوز تعليق الوصية على شرط فى الحياة ؛ لأنها تجوز فى المجهول فجاز تعليقها بالشرط ، ويجوز تعليقها على شرط بعد الموت ؛ لأن ما بعد الموت فى الوصية كحال الحياة[2] .

وتصح عند الحنابلة الوصية بالمجهول ، فلو قال : أوصيت لفلان بجزء أو حظ أو نصيب أو شىء من مالى صحت الوصية ، ويعطى الورثة الموصى له ماشاءوا ، كما تصح الوصية لو قال : أوصيت لفلان بسهم من مالى ويعطى الموصى له فى هذه الحالة السدس فى إحدى الروايات عن أحمد ، والرواية الثانية يعطى سهما مما تصح منه الفريضة ، مالم يزد على السدس ، والرواية الثالثة يعطى

---

(١) المهذب ١ : ٤٥٨ والمجموع ٩ : ٣٢٨ ومغنى المحتاج ٣ : ٤٥ ، وانظر أيضا الأم ٤ : ١٩ و ٢٠-٣٩

(٢) المهذب ١ : ٤٥٨

أقل سهم من سهام الورثة ، مالم يزد على السدس أيضا ، وإذا كان الموصى به غير معين كما إذا قال : أوصيت بشاة من غنمى صحت أيضا ويستحق الموصى له شاة بالقرعة ،[١] كما تصح بالمعدوم فلو قال : أوصيت لك بما تثمره نخلتى هذه ، أو بما تلده ناقتى صح ؛ لأن الوصية تصح مع الغرر ؛ ولأن المعدوم يجوز أن يملك بالسلم والمساقاة ، فجاز أن يملك بالوصية[٢] .

وتصح أيضا بما لا يقدر على تسليمه كالآبق والشارد والطير فى الهواء والحمل فى البطن ، واللبن فى الضرع ؛ لأن الوصية — كما يقول ابن قدامة إذا صحت بالمعدوم فبغيره أولى ؛ ولأن الوصية أجريت مجرى الميراث ، وهذا يورث فيوصى به[٣] .

وتصح عند الشيعة الزيدية الوصية بالمجهول قدراً وجنسا ، كثمار الشجر ومنافع البهيمة وجميع ما يكتسبه من تجارة ؛ ويعللون ذلك بأن الموصى له كالخليفة للميت فيما جعل له فى تركته فأشبه الوارث ، وكما يصح ميراث المجهول يصح استحقاقه بالوصية ، وهذا يقتضى جوازها بالمعدوم أيضا .

وتصح الوصية بغير المعين ، ويكون التعيين للورثة ، كما تصح الوصية بالعبد الآبق ، ويعللون ذلك بأنه مملوك[٤] ، وهذا يقتضى جوازها بكل مالا يقدر على تسليمه .

وعند الإباضية تصح الوصية بالمجهول فلو قال: أوصيت بشاة من غنمى أو

---

(١) المغنى ٦ : ٢٩ — ٣٢و١٤٨ — ١٥٠

(٢) المغنى ٦ : ٥٦و٥٩ . والشرح الكبير ٦ : ١٠٢

(٣) المغنى ٦ : ٦٤

(٤) البحر الزخار ٥ : ٣١١و٣١٣و٣١٤ ، وفيه أن المؤيد يرى أن الجهالة تبطل الوصية

نخلة من نخيلى صحت الوصية وأعطى الموصى له الأوسط على الصحيح[1] ، وإن قال : أوصيت بسهم أو جزء من مالى لفلان فقيل : يأخذ كأقل الورثة سهما ، وقيل : السدس ، وقيل غير ذلك[2] ، وفى مذهب الإباضية قول بعدم صحة الوصية بالمجهول المحض ، فلا تصح على هذا القول الوصية ببعض ماله أو بسهم منه أو بشاة من غنمه ، لأن العلم بالمحل شرط فى البيع وسائر العقود ، والوصية وإن لم يكن فيها عوض كالبيع فإنها عقد لا يثبت على جهل ؛ لأن الحكم بالمجهول غير ممكن ، ثم إن الوصية كالهبة وهذا النوع من الجهل فى الهبة لا يجوز[3] .

ولا تصح عندهم الوصية بآبق وشارد ، ومغصوب ، ومسروق ، ولو عرف موضعه وقدر على رده[4] .

واختلفوا فى الوصية بثمار البستان عشر سنين مثلا ، فقال بعضهم : تلزم الوارث ديانة لا قضاء ، وقال آخرون : هذه وصية لازمة للوارث قضاء فيحكم للموصى له بها .[5]

وعند الإمامية تصح الوصية بالمجهول ، ويقول عنها أبو القاسم الحلى : الوصية المبهمة : فمن أوصى بجزء من ماله أخذ الموصى له العشر ، وفى رواية : السبع وفى أخرى : سبع الثلث . ولو أوصى بسهم فللموصى له الثمن ، ولو أوصى بشىء

---

(١) شرح كتاب النيل ٦ : ١٨٩ — ١٩٠

(٢) المصدر السابق ٣٦٢ — ٣٦٣

(٣) المصدر السابق ١٨٩ و٣٦٣ وانظر ص ٥٢٤

(٤) شرح كتاب النيل ٦ : ٢٣٤

(٥) شرح كتاب النيل ٦ : ١٩٢ هذا الخلاف مبنى على اختلافهم فى الوصية بالمنافع ، وعللوا المنع بأن المنفعة معدومة . والمعدوم غير مملوك ، فإذا أوصى بها فقد أوصى بما لم يملك ، وكأنه أوصى بمال الغير .

فله السدس .[1]

أما الظاهرية فلا تجوز عندهم الوصية بالمعدوم ؛ لأن ما يوجد بعد موت الموصى يكون ملكا للورثة ، فلا يحل للموصى التصرف فيه ، وكذلك لا تجوز الوصية بالمجهول ؛ لأنه لا يدرى بماذا أوصى فلا يمكن تنفيذ الوصية .

يقول ابن حزم : « ولا تجوز الوصية بما لا ينفذ لمن أوصى له بها ، أو فيما أوصى به ساعة موت الموصى مثل أن يوصى . . . . . . بحمل بستانه فى المستأنف أو بغلة داره وما أشبه ذلك فهذا كله باطل لا ينفذ منه شيء » [2] .

نتيجة :

يتبين من هذا أن المالكية يسيرون وفق قاعدتهم ، فلا يجعلون للغرر تأثيرا فى الوصية ، كما لم يجعلوا له تأثيرا فى الهبة ، أما سائر الفقهاء فإنهم لم يلتزموا فى الوصية ما التزموه فى الهبة ، فقد وافق أكثرهم المالكية فى عدم تأثير الغرر على صحة الوصية ، ولم يقيسوها على البيع كما قاسوا الهبة عليه ، والسبب فى هذا هو أن الهبة تمليك فى حال الحياة كالبيع ، أما الوصية فهى تمليك بعد الوفاة فأشبهت الميراث ، ولهذا يقول الفقهاء : الوصية أخت الميراث ، والغرر لا يؤثر فى الميراث فلا يؤثر فى أخته .

ومما يلفت النظر أن الإباضية جعلوا للغرر تأثيرا عظيما على الوصية ، مخالفين بذلك سائر الفقهاء ، فمنعوا الوصية بالبعير الشارد ونحوه ، ولو كان مقدورا على

---

(١) المختصر النافع ١٩٠

(٢) المحلى ٩ : ٣٢٢ وانظر أيضا ص ٣٢٣ و٣٢٦ و٣٢٧ منه

رده ، واختلفوا فى صحة الوصية بالثمار ، كما منع بعضهم الوصية بالمجهول ، وهذا الاتجاه من الإباضية فيه شيء من التناقض مع ما تقدم فى الهبة ، فقد رأينا أنهم يجوزون الهبة فى كل مملوك ، وهذا يقتضى جواز هبة الشارد ونحوه ، ولكننا نراهم ينصون صراحة على منع الوصية بالبعير الشارد ، فيجعلون تأثير الغرر فى الوصية أكثر منه فى الهبة ، وهذا أمر غير مقبول .

وينبغى التنبيه إلى أن الظاهرية قالوا فى الوصية ما قالوه فى الهبة من عدم جوازها بالمعدوم والمجهول ، فلوأخضعنا مذهبهم لنظرية الغرر وجب أن نقول : إن الغرر يؤثر عندهم فى الوصية أيضا [1] .

تأثير الغرر على عقود التبرعات أخف من تأثيره على عقود المعاوضات عند الشافعية :

يتضح مما ذكرناه عن مذهب الشافعية فى تأثيرالغرر علىالوصية ، وهى من عقود التبرعات ، أن ماقرره بعض الفقهاء القدامى والمحدثين من أن الغرر عند الشافعية يؤثر فى جميع عقود التبرعات ، قول غير مقبول على إطلاقه ، فالشافعية وإن كانوا يشددون فى تأثير الغرر على التبرعات أكثر من غيرهم ، فإنهم — من غير شك — لا يجعلون للغرر فى التبرعات نفس الأثر الذى يجعلونه له فى المعاوضات ، يؤيد هذا — زيادة على ما جاء فىالوصية — أن الشافعية لا يشترطون تعيين المستعار فى العارية فيصح أن يقول : أعرتك إحدى دوابى ، ويعللون هذا بما يفيد أن التبرعات يحتمل فيها من الغرر

---

(١) راجع ص ٥٢٧

مالا يحتمل فى المعاوضات ، يقول الإمام الرافعى : « تعيين المستعار ليس بشرط عند الاستعارة حتى لو قال : أعرنى دابتك ، فقال المالك : ادخل الاسطبل وخذ ما أردت صحت العارية بخلاف الإجارة تصان عن مثلها ؛ لأن الغرر لايحتمل فى المعاوضة » [1] .

(١) فتح العزيز ١١ : ٢١٤ وانظر أيضا تحفة المحتاج ٥ : ١٣٧

الفصل الثالث

أثر الغرر فى العقود الأخرى

تمهيد :

تحدثنا فى الفصلين السابقين عن أثر الغرر فى عقود المعـاوضات المالية ، وعقود التبرعات،وانتهينا إلى أن الغرر يؤثر فى الأولى باتفاق الفقهاء، ولا يؤثر فى الثانية على مارجحناه ، وبقيت عقود أخرى ، قد لا يسهل إلحاقها من كل وجه بالمعاوضات المالية، كما لا يسهل إلحاقها بالتبرعات، هى التى نريد أن نعرض فى هذا الفصل بعضاً منها لنتبين منه آراء الفقهاء فيها ، ولتـكتمل أمامنا الصورة عن أثر الغرر فى أقسام العقود.

والعقود التى سنبحثها فى هذا الفصل هى : الزواج ، والرهن ، والـكفالة ، والوكالة .

١ ـ الزواج

الغرر فى الزواج يكون غالبا من جهة المهر ، ولذا سنتحدث عن المهر من حيث تأثير الغرر فى صحته ، وما يستتبع ذلك من تأثير فى صحة الزواج .

أثر الغرر فى المهر :

الحنفية :

الغرر الناشىء عن جهالة النوع يفسد التسمية :

يؤثر الغرر الناشىء عن جهالة نوع المهر فيفسد التسمية ، ولـكنه لا يفسد

العقد ؛ لأن الزواج من العقود التى لا تفسد بجهالة البدل[1] ، فلو تزوجها على دابة ، أو ثوب ، أو دار فالتسمية فاسدة : لأن هذه جهالة فاحشة ، ويجب على الزوج فى هذه الحالة مهر المثل[2] .

جهالة الوصف لا تفسد التسمية :

أما الغرر الناشىء عن جهالة وصف المهر فقط فلا يفسد التسمية مادام النوع معلوما ، فلو تزوجها على فرس ، أو ثوب معين النوع فالتسمية صحيحة ويجب على الزوج الوسط مما سمى أو قيمته[3] .

تاجيل المهر :

يجوز عند الحنفية تأجيل المهر إلى أجل معلوم ، أو مجهول جهالة متقاربة على الصحيح[4] ، أما إن كانت الجهالة متفاحشة فلا يثبت الأجل ، ويجب المهر حالا ، ويمثلون للجهالة المتقاربة بالتأجيل إلى الحصاد والدياس ، وللجهالة الفاحشة بالتأجيل إلى هبوب الريح ، أو إلى أن تمطر السماء ، أو إلى الميسرة . غير أن الحنفية يجوزون التأجيل إلى الطلاق ، أو الموت على الصحيح ، وإن كانت الجهالة هنا تعتبر من الجهالة الفاحشة عندهم : وذلك لأن العرف جرى بالتأجيل إلى هذين الأجلين .

---

(١) هذه العقود هى عقود المعاوضات التى يكون فيها أحد البدلين غير مال كالزواج ، والخلع ، والصلح عن دم العمد . فتح القدير ٢ : ٤٦١ و ٤٧٩

(٢) ابن عابدين ٢ : ٤٦١ و ٤٧٩

(٣) المصدر السابق ٢ : ٤٧٨ و ٤٧٩

(٤) انظر ما تقدم فى البيع من أن جهالة الأجل فى الثمن تفسد البيع ولو كانت متقاربة ص ٣٤٨ .

المالكية :

يجوز فى الزواج من الغرر ما لا يجوز فى البيع :

عرفنا أن الإمام مالكا قسم العقود بالنسبة لتأثير الغرر فيها وعدم تأثيرها ثلاثة أقسام : طرفان وواسطة ، فالطرفان هما عقود المعاوضات وعقود التبرعات ، وعرفنا أن الغرر يؤثر فى عقود المعاوضات ولا يؤثر فى عقود التبرعات .

أما الواسطة فهى عقد الزواج . وذلك لأن فيه شبها من كلا الطرفين ، المعاوضة والتبرع ، فهو من جهة أن المال فيه ليس مقصودا ، وإنما المقصود الحقيقى المودة والألفة والسكون، يقتضى أن يلحق بالطرف الثانى ـ التبرعات ـ ويجوز فيه الغرر مطلقا ، ومن جهة أن الشارع اشترط فيه المال بقوله تعالى : «أن تبتغوا بأموالكم ...[1]» يقتضى أن يلحق بالطرف الأول ـ المعاوضات ـ ويمنع فيه الغرر ، فلوجود الشبهين توسط مالك فجوز فيه من الغرر ما لم يجوزه فى البيع .

فالغرر الكثير الذى يفسد البيع لا يؤثر كله فى عقد الزواج ، فمن صور الغرر الذى يعتبر كثيرا مفسدا للبيع ما يكون مغتفرا بالنسبة للزواج ، من أمثلة ذلك ما لو تزوجها على عشرة من الإبل مثلا من غير وصف ، فإن الزواج صحيح ، والتسمية صحيحة وللزوجة إبل وسط[2] . أما لو تزوجها على بعير شارد ، أو ثمرة نخل لم يبد صلاحها ، أو على ما فى بطن غنمه ونحو ذلك فلا

---

(١) سورة النساء : ٢٤

(٢) الفروق للقرافى ١ : ١٥٠ ـ ١٥١ وتهذيب الفروق ١ : ١٧١ والمقدمات الممهدات ٢ : ٤١ ، والقوانين الفقهية ١٩٧ ، والمدونة ٤ : ٦٧

يجوز الزواج ؛ لأن هذا غرر لا ضابط له[١] .

فكل غرر ناشيء عن الجهل بصفة المهر لايؤثر فى عقد الزواج ؛ لأنه يمكن الرجوع فيه للوسط المتعارف عليه ، أما الغرر الذى لا يمكن الرجوع معه إلى أمر مضبوط فإنه يؤثر فى صحة الزواج ، وذلك كالجهل بجنس المهر ، وكالجهل بوجوده ، أو الجهل بالقدرة على تسليمه .

أما من حيث تأجيل المهر ، فالقاعدة العامة عندهم : أنه لا يجوز التأجيل إلا لزمن محدود ، ولهذا منعوا التأجيل إلى الموت ،أوالفراق ، كما منعوا التأجيل إلى الدخول ، إلا إذا كان وقته معلوما بالعادة على المشهور[٢] ، ولكنا نجدهم من ناحية أخرى يجوزون فى المهر مالا يجوزونه فى الثمن ، فقد نصوا على جواز تأجيل المهر إلى الميسرة ، إذا كان الزوج مليّاً « بالقوة » ، كمن عنده سلع يرصد بها الأسواق ، أوله استحقاق فى وقف ونحوه ، كما جوزوا تأجيل المهر إلى أن تطلبه المرأة فى قول ابن القاسم[٣] .

الشافعية

يؤثر الغرر فى المهر ، كما يؤثر فى المبيع :

يؤثر الغرر عند الشافعية على المهر ، كما يؤثر على المبيع تماما ، ولهذا يشترطون فى المهر ما يشترطون فى المبيع ، « فما صح مبيعا صح صداقا ومالا

---

(١) المدونة ٤ : ٦٦ و ٦٧ و ٦٩ روى عن مالك روايتان فى حكم الزواج بالصداق الفاسد ، إحداهما : فساد العقد وفسخه قبل الدخول وبعده ،والثانية : إن دخل بها ثبت الزواج، ولها صداق المثل ، قال ابن رشد : «والفرق بين الدخول وعدمه ضعيف ،والذى تقتضيه أصول مالك أن يفرق بين الصداق المحرم العين وبين المحرم لصفة فيه قياسا على البيع » بداية المجتهد ٢ : ٢٧ — ٢٨

(٢) مقابل المشهور جواز التأجيل ولو لم يكن وقت الدخول معلوما .

(٣) الدسوقى على الشرح الكبير ٢ : ٣٠٢ و ٣٠٣ وبداية المجتهد ٢ : ٢٢

فلا » غير أن الصداق الفاسد لايؤثر فى صحة عقد الزواج ، فيبقى العقد صحيحا ، وتبطل التسمية ويجب للزوجة مهر المثل ، وقيل : يجب لها قيمة المسمى إن كان قيميا ، ومثله إن كان مثليا[1] .

الحنابلة

كل غرر يؤثر على الثمن فى البيع يؤثر على المهر:

يرى الحنابلة أن ما لا يجوز أن يكون ثمنا فى البيع لايجوز أن يكون مهرا فى الزواج ، فالمعدوم ، والمجهول ، وما لايتم ملك الزوج عليه كالمبيع فى المكيل والموزون قبل قبضه ، وما لايقدر على تسليمه كالطير فى الهواء والسمك فى الماء ، لايجوز أن يكون شىء منها صداقا فى الزواج قياسا على البيع ، غير أن الزواج لايبطل ببطلان التسمية ، وإنما يصح ويجب للزوجة مهر المثل[2] .

ويشترط الحنابلة فى المهر إذا كان مؤجلا ، أن يكون الأجل معلوما ، فلو أجله إلى قدوم فلان ، أو إلى مجىء المطر ونحوه ، لم يصح ، لأنه مجهول ، ويحتمل فى هذه الحالة — كما يقول ابن قدامة — أن تبطل التسمية ، ويحتمل أن يبطل التأجيل ويحل المهر .

أما إذا أجل المهر ولم يذكر أجلا ، فقال القاضى المهر صحيح ، ومحله الفرقة ؛ لأن المطلق يحمل على العرف ، والعادة فى الصداق الآجل ترك المطالبة به إلى حين الفرقة ، فيحمل عليه ويصير معلوما بذلك ، واختار أبو الخطاب أن

---

(١) مغنى المحتاج ٣ : ٢٢٠ — ٢٢١ و ٢٢٥

(٢) المغنى ٦ : ٦٨٧ و ٦٨٣ ، فى المذهب قول بصحة المهر المجهول جهالة يسيرة لاتزيد على جهالة مهر المثل ، فلو تزوجها على معلوم الجنس كفرس مثلا صح وكان لها الوسط ، وكذلك لو تزوجها على مجهول الذات كأن يتزوجها على فرس من أفراسه تصح التسمية ولها فرس بالقرعة . المغنى ٦ : ٦٩٢ وانظر القواعد لابن رجب : القاعدة الستون بعد المائة ص ٣٥٥

المهر فاسد ، ولها مهر المثل ؛ لأن المهر عوض مجهول المحل فيفسد ، كالثمن فى البيع[1] .

ويرى ابن تيمية أن الصداق لا يجب أن يعلم ، كما يعلم الثمن والأجرة ، ولا يصح أن يقاس على بيع الغرر كل عقد على غرر ؛ لأن المال ليس هو المقصود الأعظم فى الزواج ، وما ليس هو المقصود إذا وقع فيه غرر لم يفض إلى المفسدة المذكورة فى البيع[2] .

الشيعة الزيدية :

وعند الشيعة الزيدية يغتفر فى الزواج من الغرر ما لا يغتفر فى غيره من عقود المعاوضات المالية ، فيجوز عندهم أن يتزوجها على مال قيمى من غير وصف، ويجب عليه الوسط حينئذ ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم « ما تراضى به الأهلون » ، ولأن جهالته أقل من جهالة مهر المثل . وإذا تزوجها على « عبد حبشى» صح ولزم ، لقلة الجهالة ، وإذا تزوجها على أرض يكفى أن يذكر قدرها وناحيتها[3] .

كما يجوز أن يتزوجها على أن يعلمها سورة من القرآن مع إن الإجارة على تعليم سورة لا تصح حتى يعين السورة لاختلاف السور[4] . أما إذا تزوجها على مجهول الجنس أو النوع أو المقدار لم تصح التسمية كما لو تزوجها على ثوب ، أو على ما يكتسبه هذا العام ، أو ما يرثه من فلان أو على حكمها أو حكمه ، ولا

---

(١) المغنى مع الشرح الكبير ٨ : ٢١

(٢) فتاوى ابن تيمية ٣ : ٢٨٩ ـ ٢٩٠

(٣) البحر الزخار ٣ : ١٠٢

(٤) المصدر السابق ٤ : ٤٩

تصح أيضا إذا دقق فى الوصف حتى صعب الضبط ففى كل هذه الصور تبطل التسمية ، لعظم الجهالة ويجب مهر المثل ؛ لأن جهالته أقل[1] .

الشيعة الإمامية :

وعند الشيعة الإمامية يشترط تعيين المهر بالوصف أو بالإشارة إليه ، ولكنهم مع هذا نصوا على أنه : « لو تزوجها على خادم فلم يتعين فلها وسطه » ، وكذا لو قال : « دار أو بيت » وهذا يعنى أن تعيين المهر بالذات ليس بشرط . ويجوز عندهم فى نكاح التفويض أن يجعل الحكم لأحد الزوجين فى تقدير المهر ، فلو جعل الحكم للزوج حكم بما شاء وإن قل ، وإن جعل للزوجة حكمت بما لا يتجاوز مهر السنة ، وهو خمسمائة درهم[2] .

الإباضية :

الجهالة لا تؤثر فى الصداق عند الإباضية ؛ لأنه « ليس عوضا محضا ، ولا تبرعا ، فساغ فيه الجهل من حيث إن فيه بعض التبرع ومكارم الأخلاق » فلو تزوجها على صداق مجهول فلها قيمته ، وقيل : لها صداق المثل ، وهذا القول الثانى أظهر عندى ؛ لأن قيمة المجهول لا يسهل الوصول إليها : ولو أصدقها مالا غير معين ، كمائة نخلة فلها قيمة الأوسط على الصحيح فى المذهب ، ويصح تأجيل المهر إلى أجل مجهول كقدوم المسافر أو نزول المطر ، كما يصح من غير تسمية أجل[3] .

---

(١) البحر الزخار ٣ : ١٠٢ و ١١٨ ، فساد التسمية لا يفسد العقد عند الزيدية كمذهب الحنفية .

(٢) المختصر النافع ٢١٢ و ٢١٣

(٣) شرح كتاب النيل ٣ : ١٢٩ و ١٣١ – ١٣٢ و ١٠٧ و ١٠٨ و ١٠٤

الظاهرية :

يرى ابن حزم أن كل ما جاز أن يتملك بالهبة أو الميراث[1] يجوز أن يكون صداقا ، سواء جاز بيعه أو لم يجز ، فيصح أن يكون الصداق ثمرة لم يبد صلاحها ، لأن النكاح ليس بيعا[2] ، وهذا يعنى أن بعض أوجه الغرر لا يؤثر فى صحة المهر ، ولكن ابن حزم يذكر فى أمثلة الصداق الفاسد تأجيل المهر ، ولو إلى أجل مسمى وكونه شيئا معينا فى ملك غير الزوج[3] ، وهذان المثالان يندرجان تحت الغرر ، وان كان ابن حزم لا يعلل الفساد بالغرر[4] ، والصداق الفاسد يفسد العقد عند الظاهرية ، ويوجب فسخ الزواج أبدا .

النتيجة :

يتبين من هذا أن جمهور الفقهاء متفقون على أن المهر يغتفر فيه من الغرر مالا يغتفر فى المبيع والثمن ، كما أن الجمهور متفقون على أن فساد المهر لا يؤثر على صحة العقد ، وهذا من شأنه أن يجعل الغرر فى المهر غير مؤثر فى الزواج حتى عند الشافعية والحنابلة الذين يشددون فى تجنب الغرر فى المهر ، فيشترطون فيه ما يشترط فى المبيع والثمن ، ويرجع هذا إلى أن الزواج ليس معاوضة محضة ، ولهذا يصح من غير تسمية المهر .

وينبغى أن يلاحظ هنا أن المالكية وإن كانوا من أكثر الفقهاء تسامحا بالنسبة لتأثير الغرر على المهر ، فإن قولهم بأن الصداق الفاسد يفسد العقد جعلهم

---

(١) لست أدرى ما وجه الشبه بين المهر والميراث .

(٢) المحلى ٩ : ٤٩٤

(٣) المصدر السابق ٩ : ٤٩١

(٤) انظر ص ٣٦٢

أكثر الفقهاء تشدداً بالنسبة لأثر الغرر فى عقد الزواج ، ويتفق معهم الظاهرية فى هذا .

ورأى الجمهور أولى بالاتباع ؛ لأنه مادام المهر ليس مقصوداً أساسياً فى الزواج ؛ ولهذا يصح الزواج من غير ذكر المهر . فلا ينبغى أن يفسد العقد بفساد أمر غير أساسى فيه ، والقول المقبول هو أن تبطل التسمية وحدها ، ويبقى العقد من غير تسمية مهر ، فيجب للزوجة فى هذه الحالة مهر مثلها .

٢ — الرهن

تعريفه : الرهن حبس مال بحق يمكن استيفاؤه منه كلا أو بعضاً[(١)]

أثر الغرر فيه : القاعدة العامة عند أكثر الفقهاء ، أن مالا يصح بيعه لا يصح رهنه ؛ لأن مقصود الرهن استيفاء الدين من ثمنه ، ومالا يجوز بيعه لا يمكن ذلك فيه[(٢)] .

فالحنفية يشترطون فى المرهون أن يكون معلوما ، وموجوداً ، ومقدوراً على تسليمه[(٣)] . فلو باع شيئاً بثمن مؤجل على أن يعطيه المشترى رهنا من غير تعيين الرهن فالبيع فاسد ؛ لجهالة الرهن ، إلا إذا اتفقا على تعيين رهن فى المجلس فيجوز ؛ لأن المانع هو جهالة الرهن وقد زال[(٤)] .

---

(١) ابن عابدين ٥ : ٤٢٢ ، وانظر تعريف المالكية فى الشرح الكبير للدردير ٣ : ٢٣١ ، والشافعية فى مغنى المحتاج ٢ : ١٢١ ، والحنابلة فى المغنى ٤ : ٣٢٦.

(٢) مجلة الأحكام العدلية مادة (٧٠٩) ، ومغنى المحتاج ٢ : ١٢٢ ، والمغنى ٤ : ٣٤٧ ، والبحر الزخار ٤ : ١١٤ ، والروضة البهية ١ : ٣٥٠و٣٥٢ ، والمحلى ٨ : ٨٩

(٣) البدائع ٦ : ١٣٥و١٣٧ والفتاوى الهندية ٥ : ٤٣٢

(٤) الأصل ٩٩ ، والبدائع ٥ : ١٧١

والشافعية : يشترطون في المرهون أن يكون معلوماً ، ينص الشيرازى على أن مالا يجوز بيعه من المجهول لا يجوز رهنه ؛ لأن الصفات مقصودة فى الرهن للوفاء بالدين ، كما أنها مقصودة فى البيع للوفاء بالثمن ، فإذا لم يجز بيع المجهول وجب ألا يجوز رهن المجهول[1] ،ولا يجوز عندهم رهن مالا يقدر على تسليمه كالعبد الآبق ، ولهم فى رهن الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع قولان: أحدهما لا يصح كالبيع ، والثانى يصح ؛ لأن الغرر الذى فيه أقل من الغرر الذى فى البيع ؛ لأن هلاك الثمرة لا يسقط الدين ، وإنما تبطل الوثيقة ، والغرر فى بطلان الوثيقة مع بقاء الدين قليل ، بخلاف البيع ، فإن هلاك الثمرة يترتب عليه ذهاب الثمن جملة فيعظم الغرر .

وينص **الحنابلة** على أنه لو قال : رهنتك هذا الجراب بما فيه لا يصح ؛ لأنه مجهول ، ويتفقون مع الحنفية فى أنه لا يصح أن يشترى سلعة على أن يرهنه بها شيئا من ماله من غير تعيين ؛ لأن ذلك يختلف ، وليس له عرف ينصرف إليه[2] ، ولهم فى رهن الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع وجهان كالشافعية، أحدهما يجوز ، وهو اختيار القاضى ؛ لأن الغرر يقل فيه ، فإن الثمرة متى تلفت عاد إلى حقه فى ذمة الراهن ، والثانى لا يصح ؛ لأنه لا يجوز بيعه[3] .

---

(١) المهذب ١ : ٣٠٩ ، ومغنى المحتاج ٢ : ١٢٢

(٢) لم لا يقال : إن العقد يصح ويلزم المشترى برهن يكون فيه الوفاء بالدين ، لأن المقصود من الرهن استيفاء الدين من ثمنه ، فيحمل سكوت المتعاقدين عن بيان الرهن على ما يقصد منه ، فتنتفى الجهالة .

(٣) المغنى ٤ : ٣٤٣ و٣٤٨ و٣٤٩ و٣٧٧ ، وكشاف القناع ٢ : ٢٦٥ و٢٦٩

أما **المالكية** فلم يلتزموا قاعدة « مالا يصح بيعه لا يصح رهنه » فإنهم يجوزون فى الرهن من الغرر مالا يجوزونه فى البيع ، فقد نصوا على جواز رهن البعير الشارد ، مع أنه لا يجوز بيعه لعدم القدرة على تسليمه ، ونص ابن رشد على أنه يجوز عند مالك أن يرتهن مالا يحل بيعه وقت الارتهان ، كالزرع والثمر الذى لم يبد صلاحه ، ولكن لا يباع فى أداء الدين ، إلا إذا بدا صلاحه ، وإن حل أجل الدين [1] ، وقال الباجى : قال مالك فى المجموعة : الغرر والمجهول يصح ارتهانه [2] ، وعرف الشيخ خليل الرهن بأنه : بذل من له البيع ما يباع أو غرراً [3] ، وقيد الدردير الغرر الذى يجوز فى الرهن بالغرر اليسير ، ومثل له بالبعير الشارد ، ونص على أنه إن اشتد الغرر ، كالسمك فى الماء ، والجنين فى البطن ، فلا يجوز الرهن [4] والغرر اليسير هنا غير الغرر اليسير فى باب البيع ، فإن بيع البعير الشارد لا يجوز ؛ لما فيه من الغرر الكثير [5] .

القانون :

ينص القانون المصرى على أن العقار المرهون يجب أن يكون معينا بالذات تعيينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه .

كما ينص على أن رهن الأموال المستقبلة باطل بطلانا مطلقا ، فلو رهن

---

(١) بداية المجتهد ٢ : ٢٧٢

(٢) المنتقى على الموطأ ٥ : ٢٤١

(٣) الدسوقى على الشرح الكبير ٣ : ٢٣١

(٤) المصدر السابق : ٢٣٢ ، هذا هو المشهور فى المذهب ، وقال ابن الماجشون يصح رهن الجنين ، وقارن هذا مع ما فى المنتقى ٥ : ٢٤١

(٥) راجع ص ٣٠٢ .

شخص العقار الذى سوف تؤول إليه ملكيته فيما بعد فالرهن باطل[1] ، وهذا يعنى أن القانون يتجنب الغرر فى الرهن أكثر من تجنبه له فى البيع ، فقد رأيناه ينص على جواز بيع الأموال المستقبلة[2] .

يتبين من هذا أن الغرر يؤثر فى الرهن ، كما يؤثر فى البيع عند جمهور الفقهاء ، أما عند المالكية فتأثير الغرر على الرهن أخف بكثير من تأثيره على البيع ، إذ لا يؤثر فى صحة الرهن عندهم إلا الغرر المتفاحش ، ورأى المالكية أرجح عندى ؛ لأن ترك الرهن من أصله جائز ، فشىء فى الجملة خير من لاشىء ، كما يقول المالكية ، ولأن المرتهن ، وهو صاحب الحق قد رضى بذلك .

٣ ــ الكفالة

الكفالة هى: ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة بدين ، أو عين ، أو نفس[3] .

الكفالة بالمال المجهول :

تصح الكفالة بالمال المجهول عند أكثر الفقهاء ؛ لأنها مبنية على التوسع

---

(١) المادة : (١٠٣٣) و(١٠٣٥) ، والمذكرة التفسيرية ، وانظر أحكام القانون المدنى الجديد ـ التأمينات الشخصية والعينية للأستاذ الدكتور عبد الفتاح عبدالباقى ف٢١٥ .

(٢) راجع ص ٣٨٦

(٣) ابن عابدين ٤ : ٣٤٨ ، والكفالة نوعان : كفالة بالمال وكفالة بالنفس ، ويستعمل بعض الفقهاء كلمة كفالة فى الكفالة بالنفس خاصة ، ويطلق على الكفالة بالمال كلمة الضمان . وتحتاج الكفالة إلى كفيل ومكفول ، ومكفول له ، ومكفول به ، فالكفيل هو الذى يضم ذمته إلى ذمة المكفول ، ويلتزم بتأدية ما عليه من الحق ، والمكفول هو المطالب فى الأصل ـ المدين ـ ويسمى المكفول عنه ، والمكفول له هو الدائن ، والمكفول به هو المال أو النفس .

كما يقول ابن عابدين[١]؛ ولأنها التزام حق فى الذمة من غير معاوضة فصح فى المجهول، كما يقول ابن قدامة[٢]؛ ولأنها من إيجاب المرء المعروف على نفسه، ومن أوجب المعروف على نفسه لزمه، كما يقول مالك[٣]؛ ولأن الضمان لا ينافيه الغرر؛ لأنه ليس معاوضة، كما يقول الشهيد الثانى[٤].

ومن أمثلة الكفالة بالمجهول : أنا كفيل بمالك على فلان من الدين ، أو بما تقرضه فلانا ، أو بما غصبك فلان ، أو بما يدركك فى هذا المبيع[٥] ، ومنها : كفلت بعض مالك على فلان ، ويكون الخيار للضامن ، يبين أى مقدار شاء[٦] . ومنها أن يقول شخص لآخر : بايع فلانا وأنا ضامن لما بعته ، لكن ينبغى أن يحمل مثل هذا على العرف والعادة ، فمن قال لبائع فاكهة مثلا : أنا ضامن لما بايعت به فلانا فعامله بأشياء غالية الثمن ، لم يلزم الكفيل ذلك على الأرجح عند المالكية ؛ لأنه يعلم أنه لم يرد هذه المعاملة[٧] .

واشترط الشافعى فى الجديد العلم بالمضمون جنسا ، وقدراً ، وصفة ، وعينا ، فلا يصح ضمان المجهول ، كأنا ضامن ما بعت من فلان ، ولا غير المعين كضمان

---

(١) حاشية ابن عابدين ٤ : ٢٦٤

(٢) المغنى ٤ : ٥٣٦ ، وقريب منه ما فى البحر الزخار ٥ : ٧٦

(٣) المنتقى ٦ : ٨٣

(٤) الروضة البهية ١ : ٣٦٣

(٥) يسمى هذا ضمان الدرك ، والدرك ، بفتحتين وبسكون الراء ، الرجوع بالثمن عند استحقاق المبيع .

(٦) ابن عابدين ٤ : ٢٦٤ - ٢٦٦ ، ومجمع الضمانات ٢٦٩

(٧) الدسوقى على الشرح الكبير ٣ : ٣٣٥ ، والمنتقى على الموطأ ٦ : ٨٣

أحد الدينين ، تشبيها للضمان بالبيع ، ويصح فى القديم ضمان المجهول ، وضمان ما سيجب ، ويتفق الشافعية مع جمهور الفقهاء فى القول بصحة ضمان الدرك ، ويعللون ذلك بأن الحاجة تدعو إلى معاملة الغريب ، ويخاف أن يخرج ما يبيعه مستحقا ولا يظفر به ، فاحتيج إلى التوثيق [١] .

ومنع ابن حزم منعا باتا ضمان مالم يجب ، فلا يجوز عنده أن يقول شخص لآخر : أقرض فلانا دينارا وأنا أضمنه لك ، كما منع ضمان مالا يدرى مقداره ، مثل أن يقول له : أنا أضمن عنك مالفلان عليك ؛ لأنه من الغرر ، ولأن التراضى لا يكون إلا على معلوم القدر [٢] .

وممن منع ضمان المجهول : الثورى ، والليث ، وابن أبى ليلى ، وابن المنذر ، وابن شبرمة [٣] .

جهالة المكفول ، والمكفول له :

تصح الكفالة عند الحنفية مع جهالة المكفول إذا كان واحدا غير معين من أشخاص معينين نحو : كفلت مالك على فلان أو فلان ، ويكون التعيين للكفيل ، ونحو : إن غصب مالك واحد من هؤلاء القوم فأنا ضامن ، أما لو عمم فقال : إن غصبك إنسان شيئا فأنا له ضامن ، أو ماذاب لك على أحد من الناس فعلى ، لا يصح ، كما لا تصح عندهم الكفالة مع جهالة المكفول له نحو : ماذاب لأحد من الناس عليك فعلى [٤] .

---

(١) مغنى المحتاج ٢ : ٢٠١و٢٠٢

(٢) المحلى ٨ : ١١٧ و١١٨

(٣) المغنى ٤ : ٥٣٦ ، والمحلى ٨ : ١١٧ ، والبحر الزخار ٥ : ٧٦

(٤) حاشية ابن عابدين ٤ : ٢٦٨ــ ٢٧٠ ، ومجمع الضمانات ٢٧٠

ويصح عند المالكية الضمان مع جهالة المكفول له نحو : أنا ضامن زيداً في الدين الذى عليه للناس [١] ، ويستدلون لذلك بقوله تعالى : « قالوا نفقد صواع الملك ، ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم » ؛ لأن المنادى لم يكن مالكا، وإنما كان نائبا عن يوسف ورسولا له ، فشرط حمل البعير على يوسف لمن جاء بالصواع ، وتحمل هو به عن يوسف [٢] .

والأصح عندالشافعية اشتراط معرفة المضمون له لتفاوت الناس فى استيفاء الدين تشديدا وتسهيلا ، وعدم اشتراط معرفة المضمون عنه كما لا يشترط رضاه [٣] .

والحنابلة لا يشترطون معرفة الضامن للمضمون ، ولا للمضمون له [٤] .

يرى من هذا أن أكثر الفقهاء ، وإن كانوا يجعلون للغرر تأثيرا فى عقد الكفالة إلا أنهم يغتفرون فيه من الغرر مالا يغتفرونه فى البيع ؛ من ذلك زيادة على ماتقدم : جواز تعليق الكفالة بالشرط الملائم ، عند الحنفية [٥] ، وعند الشافعية على غير الأصح [٦] ، وفى أحد قوابن للحنابلة [٧] ، ومنه جواز تأجيلها إلى أجل مجهول جهالة غير متفاحشة عند الحنفية [٨] ، والحنابلة على

(١) الدسوقى على الشرح الكبير ٣ : ٣٣٦

(٢) أحكام القرآن لابن العربى ٢: ١٠٨٥

(٣) مغنى المحتاج ٢ : ٢٠٠

(٤) المغنى ٤ : ٥٢٥

(٥) ابن عابدين ٤ : ٢٦٩ ، ومجمع الضمانات ٢٦٩

(٦) مغنى المحتاج ٢: ٢٠٣

(٧) المغنى ٤ : ٥٦١

(٨) البدائع ٥ : ١٧٩ ، وابن عابدين ٤ : ٢١

الأولى [1] ، وجواز تأجيلهـا إلى الأجل المجهول إذا تعلق به غرض ، كورود القافلة ، عند الزيدية [2] .

٤ — الوكالة

يعرف الحنفية الوكالة بأنها إقامة الإنسان غيره مقام نفسه فى تصرف جائز معلوم ممن يملكه [3] ، فعلى هذا لا بد فى التصرف الموكل به من أن يكون معلوما ، حتى يستطيع الوكيل مباشرته .

وبيان ذلك أن الوكالة إما أن تكون عامة ، أو خاصة ، فالوكالة الخاصة هى ما كان الإيجاب فيها خاصا بتصرف معين ، كبيع أو إجارة ، والوكالة العامة هى ما كان الإيجاب فيها عاما ، كأنت وكيلى فى كل شىء ، وهذه الوكالة العامة صحيحة عند الحنفية ؛ لأنها لا جهالة فيها تمنع الوكيل من مباشرة ما وكل به ، ولكنهم اختلفوا فيما يملكه الوكيل بمقتضى الوكالة العامة ، فقال بعضهم : يملك بها كل تصرف جائز للموكل حتى الطلاق ، إلا إذا علم خلافه من قصد الموكل وذهب بعض آخر إلى أن الوكالة العامة لا يدخل فيها الطلاق ، والعتاق ، والوقف ، إلا إذا دل دليل سابقة الكلام على دخوله [4] ، وقال آخرون هى خاصة بالمعاوضات .

---

(١) المغنى ٤ : ٥٦٠

(٢) البحر الزخار ٥ : ٧٦

(٣) تنوير الأبصار بهامش ابن عابدين ٤ : ٥٥٤

(٤) فالفرق بين الرأيين ، أن الرأى الأول يجعل الأصل فى الوكالة العامة إبقاءها على عمومها إلا إذا دل دليل على خلاف ذلك ، والرأى الثانى يجعل الأصل فيها ألا تشمل الطلاق ، والعتاق ، والوقف ، إلا إذا دل دليل على شمولها لها .

أما الوكالة الخاصة كالوكالة بالشراء مثلا ، فلا بد فيها من العلم بالموكل به علما تنتفى به الجهالة الفاحشة والمتوسطة ، أما الجهالة اليسيرة فلا تضر ، والجهالة الفاحشة هى جهالة الجنس ، فلو وكله بشراء دابة لم يصح ؛ لأن الدابة تشمل الفرس ، والحمار ، والبغل ، والجهالة المتوسطة هى جهالة النوع الذى تتفاوت قيم آحاده تفاوتا فاحشا ، كأن يوكله بشراء دار ، فهذه الوكالة لا تصح أيضا ، إلا إذا بين الثمن ، أو الصفة لتقل الجهالة ، والجهالة اليسيرة هى جهالة النوع المحض ، أى النوع الذى لا تتفاوت قيم آحاده تفاوتا فاحشا ، كأن يوكله بشراء فرس ، فإن الوكالة تصح ، ولو لم يذكر الثمن والوصف ، ويجب على الوكيل أن يراعى حال الموكل فيشترى له فرسا تناسب حاله [1].

يرى من هذا أن الحنفية يغتفرون من الغرر فى الوكالة ما لا يغتفرونه فى البيع ، فالجهالة التى اعتبروها يسيرة هنا ، هى جهالة فاحشة مانعة من صحة البيع عند أكثرهم ، ومن لزومه عند بعضهم [2].

والوكالة عند المالكية ضربان أيضا كالحنفية ، عامة وخاصة ، فالعامة نحو : فوضت إليك أمرى فى كل شىء ، أو أقمتك مقامى ، وللوكيل المفوض التصرف فى كل شىء إلا فى أربعة أمور ، فإنها تحتاج إلى إذن خاص وهى : طلاق زوجة الموكل ، وتزويج بنته البكر ، وبيع دار سكناه ، وبيع عبده القائم بأموره ، وذلك لقيام العرف على أن تلك الأمور لا تندرج تحت عموم الوكالة ، وإنما يفعلها الوكيل بإذن خاص .

والأمور التى يجوز للوكيل مباشرتها بمقتضى الوكالة العامة يمضى منها

---

(١) ابن عابدين ٤ و ٥٥٤ـ٥٥٨

(٢) راجع ص ١٦٩ وما بعدها

الصواب فقط ، إلا أن يقول له الموكل : يمضى منك الصواب وغيره ، فيمضى غير الصواب إن وقع ، وإن كان لا يجوز ابتداء ، والمراد بغير الصواب ما ليس فيه تنمية للمال ، لا ما كان معصية ، أو سفها ؛ لأن الوكالة لا تصح فى معصية ، ويخصص العرف اللفظ الدال على الوكالة إذا كان عاما ، ويقيده إذا كان مطلقا ، فإذا قال للوكيل : وكلتك على بيع دوابى ، وكان العرف يخصصها ببعض أنواعها فإنها تخصص به ، وإذا قال له : اشتر لى ثوبا ، وكان العرف يقتضى تقييده بنوع خاص يليق بالموكل فإنه يتقيد به[1] .

فالمالكية تجوز عندهم الوكالة العامة كالحنفية ، مع اختلاف يسير فيما يستثنى من عمومها ، مرجعه العرف ، وتجوز عندهم الوكالة الخاصة مع جهالة الموكل به ويعينه العرف ، ومقتضى هذا أن الحكم يتغير بتغير العرف ، وأنه إذا لم يكن هناك عرف ترتفع به الجهالة فإن الوكالة لا تصح ، وأرى أنه ينبغى أن تصح الوكالة إذا كانت قرائن الأحوال تعين الموكل به .

والشافعية يشترطون فى الموكل فيه أن يكون معلوما من بعض الوجوه ، ولا يشترط علمه من كل وجه ؛ لأن تجويز الوكالة للحاجة يقتضى المسامحة ، فيكفى أن يكون الموكل فيه معلوما علما يقل معه الغرر ، وبناء على هذا لو قال له : وكلتك فى كل أمورى ، أو فوضت إليك كل شىء ، أو نحو ذلك ، لا يصح التوكيل ؛ لكثرة الغرر ، إذ يدخل فى هذا طلاق زوجاته ، والتصدق بجميع ماله ، وقد منع الشارع بيع الغرر وهو أخف خطراً من هذا[2] .

وهذا النوع من الوكالة (الذى منعه الشافعية هو ما يسميه الحنفية

---

(١) الدسوق على الشرح الكبير ٣ : ٣٨٤ ، وبداية المجتهد ٢ : ٣٠٢

(٢) مغنى المحتاج ٢ : ٢٢٣ ، والشرقاوى على التحفة ٢ : ١٠٦ و١٠٧

والمالكية بالوكالة العامة، وقد رأيناهم يجوزونه مع تقييده بما لا يسمح العرف بدخوله فيه ، والقول بالجواز أولى عندى ، لأن الإنسان لا يوكل إلا من يثق فيه ، ويطمئن إلى حسن تصرفه .

ويشترط الشافعية ، فى الوكالة بالشراء، بيان النوع، وإذا تباينت أوصاف نوع وجب بيان الصنف أيضا ، ولكن لا يشترط استيفاء جميع الأوصاف - هذا فيما يشترى لغير التجارة ، أما ما يشترى للتجارة فلا يجب فيه ذكر النوع ولا غيره ، بل يكفى أن يقول : اشتر لى ما شئت من العروض .

وفى الوكالة بالبيع يعتبر الشافعية من الغرر القليل ما لو قال : وكلتك فى بيع أموالى ، فإن الوكالة تصح ولو جهل الوكيل الأموال ، أما لو قال : بع بعض مالى ، أو بع هذا أو هذا فإنه لا يصح لكثرة الغرر[1] .

ولا أرى فى المثال الأخير غرراً ، لأنه من الواضح أن الموكل يريد بيع أحد الشيئين ، فأى واحد يبيعه الوكيل يحقق له غرضه ، كما أنى لا أرى فى المثال الذى قبله غررا مانعا من صحة الوكالة ، لأن الإنسان لا يوكل غيره بمثل هذه الصيغة إلا إذا كانت له مصلحة فى ذلك، وكان واثقا من أن الوكيل سيتصرف تصرفا يحقق له مصلحته .

والحنابلة : يمنعون الوكالة العامه كالشافعية ؛ لأنهم يرون فيها غرراً كثيراً ، أما الوكالة الخاصة فيغتفرون فيها من الغرر مالا يغتفره الشافعية ؛ فيجوز عندهم أن يقول : اشتر لى ثوبا ، ولو لم يذكر الثمن[2] ،لأنهم يعتبرون

---

(١) المصدر السابق .

(٢) قال أبو الخطاب : لا يصح حتى يذكر الثمن ، لأن الأثواب تتفاوت .

هذا إذنًا فى شراء أغلى الثياب ثمنا ، فيقل الغرر ، وقد روى عن أحمد ما يدل على صحة الوكالة فى نحو : اشتر لى ما شئت ، ولكن ليس للوكيل فى هذه الحالة أن يشترى إلا بثمن المثل فما دون ، ولا يشترى ما لا يقدر الموكل على ثمنه ، ولا ما لا يرى المصلحة له فى شرائه ، ويصح عندهم ، كما يصح عند الشافعية ، أن يقول له : بع مالى كله ، كما يصح عندهم ـ خلافا للشافعية أن يقول : بع ما شئت من مالى ؛ لأنه إذا جازت الوكالة فى الجميع ففى بعضه أولى .

ويصح عندهم تعليق الوكالة على الشرط نحو : إذا قدم الحاج فبع هذا الطعام ، وإذا جاء الشتاء فاشتر لنا قمحاً[1] .

وعند **الزيدية** : تصح الوكالة العامة ، ويفعل الوكيل ما يتناوله هذا النوع من الوكالة فى العرف ، على الأقرب فى المذهب ، وقال الإمام يحيى: لا تصح موافقا الشافعى فى ذلك . أما الوكالة الخاصة فلا تصح عندهم إذا عظمت الجهالة ، كوكلتك بشراء حيوان ، وتصح مع الجهالة القليلة ، وذلك إذا عين الجنس ، والنوع أو الثمن ، إذا كان الجنس تندرج تحته أنواع كثيرة[2] .

وتصح الوكالة العامة عند **الإباضية** ، ويطلقون عليها « خلافة » مثل : أقمتك مقامى فى كل شىء ، وأنبتك عن نفسى فى كل شىء ، ويشترطون فى الوكالة الخاصة أن يكون الموكل به معلوماً ، ولكنهم يغتفرون فيها بعض أنواع الجهالة . فقد نصوا على أنه يجوز أن يوكل الشخص غيره على بيع واحد

---

(١) المغنى مع الشرح الكبير ٥ : ٢١١ ـ ٢١٢

(٢) البحر الزخار ٥ : ٥٤ ـ ٥٧

أو اثنين من جماله ، وإن لم يعين له ما يبيعه ، ولا الثمن الذى يبيع به ، وقال بعضهم لا يجوز إن لم يعين الثمن ؛ لأن فى عدم ذكره جهلا ، وفى عدم تعيين المبيع جهلا . وجوز بعضهم الوكالة على شراء جمال أو أثواب ونحوها من غير تعيين عدد ، ويشترى الوكيل ثلاثة على الأكثر لأنها أقل ما يصدق عليه كلام الموكل[1] .

القانون :

تجوز الوكالة العامة فى القانون المصرى ، ولكنها لا تخول للوكيل صفة إلا فى أعمال الإدارة ، وقد نص القانون على أن من أعمال الإدارة : الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات ، وأعمال الحفظ والصيانة ، واستيفاء الحقوق ، ووفاء الديون ، وكل عمل من أعمال التصرف التى تقتضيها الإدارة ، كبيع المحصول والبضاعة أو المنقول الذى يسرع إليه التالف ، وشراء ما يستلزمه الشىء محل الوكالة من أدوات لحفظه ولاستغلاله .

أما ما لا يدخل فى أعمال الإدارة فلابد فيه من وكالة خاصة لكل عمل ، وتصح الوكالة الخاصة فى القانون ، ولو لم يعين محل العمل على وجه التخصيص إلا إذا كان العمل من التبرعات[2] .

فالقانون يحصر الوكالة العامة فى دائرة أضيق من الدائرة التى حصرها فيها الفقهاء الذين جوزوها ، فهى فى القانون محصورة فى أعمال الإدارة لا تتعداها إلى أعمال التصرف إلا إذا اقتضتها أعمال الإدارة ، فلو قال شخص لآخر : وكلتك عنى فى جميع أعمالى ، أو جعلتك وكيلا مفوضا لى ، تكون هذه وكالة عامة

---

(١) شرح النيل ٤ : ٦٩٣ و ٧٠٩ و ٧١٢

(٢) المادة ٧٠١ و ٧٠٢ من القانون المصرى .

فى أعمال الإدارة خاصة ، وليس للوكيل أن يبيع بمقتضى هذه الوكالة شيئا من مال الموكل ، أو يقرضه ، أو يهبه الخ .

أما الوكالة الخاصة فقد اغتفر القانون فيها عدم تعيين محل العمل إذا كانت فى المعاوضات ، فيكفى فى القانون أن تكون الوكالة فى المعاوضات خاصة فى نوع التصرف ، وعامة فى محله ، كأن يوكله فى البيع بوجه عام من غير تعيين لما يبيعه ، وللوكيل فى هذه الحالة أن يبيع جميع أموال الموكل . أما التبرعات فقد اشترط القانون فيها أن تكون الوكالة خاصة فى نوع التصرف ومحله ، فلا يكفى أن يوكله فى الهبة من غير تعيين للمال الذى يهبه ، وذلك لخطورة أمر التبرعات [1] .

وأرى أن خير الآراء هو الرأى الذى يجوز الوكالة العامة ، والوكالة الخاصة مع عدم تعيين الموكل به ، ويخصصها ويقيدها بالعرف وبفعل الصواب ؛ لأن فى ذلك الضمان الكافى ، مع ملاحظة أن الإنسان لا يوكل إلا من يطمئن إليه ، فبقدر اطمئنان الموكل إلى الوكيل تتسع دائرة الوكالة وتضيق ، ولا مانع مطلقا من أن يثق شخص فى آخر إلى الدرجة التى يكل إليه فيها التصرف فى جميع أموره .

هذا وأكتفى بهذا القدر من العرض لأحكام الغرر فى العقود المختلفة ، فقد تبين لنا منه بوضوح وجهات نظر الفقهاء فى تأثير الغرر على العقود ، ونستطيع أن نقرر منها أن جميع الفقهاء متفقون على أن تأثير الغرر فى غير

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ٥ : ١٩٣ — ١٩٩ ، والوسيط للدكتور السنهورى ٧ : ٤٣٣ — ٤٤٢

عقود المعاوضات أخف من تأثيره فى عقود المعاوضات ، على اختلاف بينهم فى مدى هـذا التأثير ، فالشافعية أكثرهم تشدداً فى تأثير الغرر على العقود ، والمالكية أكثرهم تساهلا وتمشيا مع واقع الحياة العملية فى حدود النصوص، ولهذا فإنى أرى أن مذهبهم هو أصلح المذاهب لاتخاذه أساساً لوضع أحكام الغرر فى الفقه الإسلامى . وسنرى فى القسم الثالث من الرسالة أن مذهبهم هو أقرب المذاهب إلى النظرية التى استخلصتها من أحكام الغرر .

الباب الثالث

أثر الغرر فى الشروط(1)

الغرر فى الشروط ينحصر فى ثلاثة اقسام :

وقفت على أحكام كثيرة متفرقة عن الغرر فى الشروط ، وقد وفقت إلى حصرها فى ثلاثة أقسام :

١ — الشرط الذى فى وجوده غرر .

٢ — الشرط الذى يحدث غررا فى صيغة العقد أو فى محله .

٣ — الشرط الذى يزيد من الغرر الذى فى العقد .

وسأتحدث عن كل قسم من هذه الأقسام فى فصل :

---

(١) الشرط الذى نتحدث عنه هنا هو الشرط الجعلى أى مايجعله العاقد بإرادته شرطا فى العقد — وانظر تعريف الشرط وأقسامه فى المدخل للفقة الإسلامى للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ٥١٤ و ٦٣٩ وما بعدها .

الفصل الأول

الشرط الذي في وجوده غرر

يذكر الكاساني أن من شروط صحة البيع الخلو من الشروط الفاسدة ، ثم يقول : والشروط الفاسدة أنواع :

منها شرط فى وجوده غرر ، وهو أن يكون المشروط محتملا للوجود والعدم ، ولا يمكن الوقوف عليه للحال .[1]

ونعرض فيما يلى بعضا من هذه الشروط :

١ - شرط الحمل فى شراء البهيمة :

إذا اشترى ناقة مثلا واشترط أنها حامل ، فهذا شرط فيه غرر ، لأن الحمل مجهول الوجود أو بعبارة الكاسانى : لأن المشروط يحتمل الوجود والعدم ، ولا يمكن الوقوف عليه فى الحال ؛ لأن عظم البطن والتحرك يحتمل أن يكون لعارض داء أو غيره ، ولهذا كان شرطا فاسدا ، مفسدا للبيع فى ظاهر الرواية عند الحنفية ، وروى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة أن البيع بهذا الشرط جائز ؛ لأنه مثل ما لو اشترى العبد على أنه كاتب ، وهو جائز باتفاق ، ولكن أنصار القول بالفساد يفرقون بين الصورتين بأن المشروط فى بيع العبد على أنه كاتب صفة للمبيع لا يتصور انقلابها ، ولا يكون لها حصة من الثمن بحال ، ولو كان موجودا عند العقد يدخل فيه من غير تسمية ، أما فى بيع الناقة على أنها حامل فالمشروط عين وهو الحمل ، وكون الناقة حاملا وإن كان صفة لها ،

---

(١) البدائع ٥ : ١٦٨

لكن لا تحقق له إلا بالحمل ، وهو عين فى وجوده غرر ، ومع ذلك مجهول فأوجب فساد العقد[١] .

هكذا يقرر الكاسانى الفرق بين البيعين ، ويظهر لى أن الفرق الواضح بينهما هو أن شرط الكتابة يمكن الوقوف عليه فى الحال،فانتفى الغرر الموجب للفساد ، أما شرط الحمل فلا يمكن الوقوف عليه عند العقد ، فكان شرطا فى وجوده غرر .

وللمالكية فى صحة البيع بهذا الشرط روايتان كالحنفية، رواية ابن القاسم وابن المواز عن مالك بعدم الجواز ؛ وذلك لأن هذا الشرط يزيد فى ثمن البهيمة فيكون البائع قد أخذ ثمنا للجنين ، وهذا لا يجوز[٢] وقال أشهب : بجواز هذا الشرط ؛ لأنه وإن زاد فى ثمن البهيمة إلا أنه من الأمور المظنونة ، فيجوز قياسا على الثمرة التى لم تؤبر .[٣]

وفى بيع الحيوان بشرط الحمل عند الشافعية قولان أيضا ، أحدهما : أن البيع باطل لأن الحمل مجهول الوجود ،مجهول الصفة،والثانى : يجوز؛لأن الظاهر أنه موجود ، والجهل به لا يؤثر ؛ لأنه لا تمكن رؤيته فعفى عن الجهل به كأساس الدار[٤]، قال النووى : وهو الأصح[٥].

---

(١) البدائع ٥ : ١٧٢ والأصل ١٠٠ .

(٢) المنتقى ٤ : ١٨٣ وفيه أن البائع إذا قال : هى حامل، ولم يشترط الحمل للمبتاع فلا بأس. وانظر أيضا الدسوقى على الشرح الكبير ٣ : ٥٩ — ٦٠ وفيه أن المبيع إن فات مضى بالثمن ، لأنه بيع مختلف فى صحته وفساده ، ومعنى هذا أن البيع ينقلب صحيحا بفوات المبيع.

(٣) المنتقى ٤ : ١٨٣

(٤) المهذب ١ : ٢٦٥

(٥) المجموع ٩ : ٣٢٢

ويصح عند **الحنابلة** اشتراط الحمل ؛ لأنه صفة مقصودة يمكن الوفاء بها كاشتراط كون الشاة لبونا والعبد صانعا [1] . ويصح أيضا عند الشيعة الإمامية [2]

٢ ـ اشتراط كون البقرة لبونا أو حلوبا :

اختلف فقهاء **الحنفية** فى حكم بيع البقرة على أنها حلوب ، فروى عن أبي حنيفة أن البيع صحيح ؛ لأن هذا شرط فيه زيادة صفة ، كشرط الطبخ فى الجوارى .

وروى عن محمد أن البيع فاسد ؛ لأن هذا شرط فى وجوده غرر ، وكون البقرة حلوبة ، وإن كان صفة لها إلا أن البقرة لا توصف به إلا بوجود اللبن ، وفى وجوده غرر [3] ، أما لو اشترط أن البقرة تحلب أرطالا معينة من اللبن فالبيع فاسد باتفاق ؛ لأن فى وجود الشرط غررا [4]

والشافعية كالحنفية ، لهم قولان فى بيع الناقة بشرط كونها لبونا ، أصحهما الصحة ؛ « لأن هذا شرط صفة فى البقرة لا يقتضى وجود اللبن حال العقد فهو كشرط الكتابة فى العبد ، لكن لو شرط كونها تدر كل يوم قدرا معلوما من اللبن بطل البيع بلا خلاف ، لأن ذلك لا تمكن معرفته ، ولا ضبطه فلم يصح ، كما لو شرط فى العبد أن يكتب كل يوم عشر ورقات » [5] . وهو مذهب الحنابلة [6] .

---

(١) الشرح الكبير على المقنع ٤ : ٤٨

(٢) مفتاح الكرامة ٤ : ٧٤٢

(٣) البدائع ٥ : ١٦٩ والأصل ١٠٠

(٤) المصدر السابق

(٥) المجموع ٩ : ٣٢٤

(٦) الشرح الكبير على المقنع ٤ : ٤٨

ولا يجوز عند الزيدية اشتراط كون البقرة لبينا ، ولكنهم يعتبرون هذا من الشروط التى تقتضى جهالة فى المبيع ؛ وذلك لأن « لبينا » صيغة مبالغة فكأنه قال : على أن فيها لبنا كثيرا ، والكثير مجهول فيفسد العقد[1]

٣ ـ اشتراط كون الكلب معلما :

لو اشترى كلبا أو فهدا على أنه معلم فالبيع صحيح عند أبى يوسف ، وهى إحدى الروايتين عن محمد ؛ لأن هذا شرط يمكن الوقوف عليه ، بأن يأخذ المصيد فيمسكه على صاحبه ، وهو شرط غير محظور فأشبه شرط الكتابة فى العبد ، والطبخ فى الجارية ، وهو مذهب الحنابلة، وروى عن محمد أن البيع فاسد؛ لأنه شرط فيه غرر ، إذ لا يمكن الوقوف عليه إلا بالاصطياد ، والجبر عليه غير ممكن .[2]

٤ ـ اشتراط كون القمرية مصوتة :

لو اشترى قمرية على أنها تصوت فالبيع فاسد عند أبى حنيفة؛ لأنه شرط فيه غرر ، والوقوف عليه غير ممكن ، لأنه لايحتمل الجبر عليه فصار كشرط الحبل ، وهذه إحدى الروايتين عن محمد ، وروى عنه أن القمرية إذا صوتت جاز البيع ، لأنها إذا صوتت علم أنها مصوتة ، فلم يتحقق الغرر[3]

واختلف فقهاء الحنابلة فى حكم هذا الشرط ، قال شمس الدين :

---

(١) شرح المنتزع المختار ٣ : ٥٨

(٢) البدائع ٥ : ١٦٩ ، والشرح الكبير على المقنع ٤ : ٤٨

(٣) البدائع ٥ : ١٦٩

وذكر الكاسانى علة أخرى للمنع وهى أن هذا الشرط محظور لأن هذه صفة يتلهى بها عادة ، والتلهى محظور فكان هذا شرطا محظوراً فيوجب فساد البيع .

« والأولى جوازه ، لأن فيه قصدا صحيحا وهو عادة له وخلقة فيه . فأشبه الهملجة فى الدابة والصيد فى الفهد »[1]

نتيجة :

يتبين من هذه الفروع أن الشرط الذى يفسد العقد ، لأن فيه غررا هو مالا يمكن التحقق من وجوده حال العقد ، سواء كان المشروط عيناً كالحمل واللبن ، أوصفة ككون الكلب معلما ، والقمرية مصوتة ، على ما فى هذه الأمثلة من خلاف بين الفقهاء ، مما يدل على أن تأثير الغرر على الشروط أخف من تأثيره على العقود ، ويظهر هذا جليا فى مسألة الحمل ، فقد رأينا أن الفقهاء متفقون على عدم جواز بيع الحمل ، لما فى ذلك من الغرر ، بينما نراهم هنا مختلفين فى صحه البيع وفساده ، مع أن مشترى البقرة على أنها حامل يجعل للحمل ثمنا قطعا .

---

(١) الشرح الكبير على المقنع ٤ : ٤٩

الفصل الثاني

الشرط الذي يحدث غررا في صيغة العقد أو محله

إذا أحدث الشرط غرراً في صيغة العقد أو في محله فإنه يكون شرطا فاسدا، يترتب عليه فساد العقد . من أمثلة ذلك: شرط الخيار في البيع عند من لا يقول بصحته [1] ، وشرط خيار مؤبد أو مؤقت بوقت مجهول ، أو غير مؤقت أصلا [2] ، وذلك كما يقول الكاساني : « لأن انعقاد العقد تعلق على غرر سقوط الخيار . . . . فإن خيار الشرط يمنع انعقاد العقد في حق الحكم للحال [3] » .

هذا بالنسبة للشرط الذي يحدث غررا في الصيغة ، أما الشرط الذي يحدث غررا في محل العقد فأمثلته كثيرة [4] ، من أوضحها بيع الثنيا [5] ، وهو أن يبيع الرجل شيئا ويستثني بعضه ، فهو بيع يشترط فيه البائع إخراج شيء من المبيع .

وحكمه أن البعض المستثنى إن كان معلوما فالبيع جائز ، وإن كان مجهولا لا يصح البيع ؛ لما في ذلك من الغرر ، لأن استثناء المجهول من المعلوم

---

(١) ممن منع البيع بخيار الشرط الظاهرية ، والثوري ، وابن شبرمة ،المحلى ٨ : ٣٧٠و٣٧٣ وبداية المجتهد ٢ : ٢٠٩ وقارن المجموع ٩ : ٢٢٥

(٢) البدائع ٥:١٧٤ ، وانظر المجموع ٩:٢٢٥ ، وبداية المجتهد ٢:٢٠٩ ،وشرح المنتزع المختار ٣:٥٧

(٣) البدائع ٥:١٧٤

(٤) انظر شرح المنتزع المختار ٣:٥٨-٦١ ، ومفتاح الكرامة ٤:٧٣

(٥) الثنيا بضم المثلثة وسكون النون الاستثناء

يجعل الباقى مجهولا [١] ، ففى بيع الثنيا ، إذا كان المستثنى مجهولا ، شرط يترتب عليه جهالة فى المحل ، مثال ذلك : أن يبيع الشاة على أن يكون له مافى بطنها ، فإن هذا البيع لا يصح ؛ لما فيه من الغرر الناشىء عن جهالة المبيع ؛ لأن الجنين مجهول الصفة والحياة ، والمعلوم إذا استثنى منه مجهول كان الباقى مجهولا ، يقول مالك : ولا ينبغى بيع الإناث واستثناء مافى بطونها ، وذلك أن يقول للرجل : ثمن شاتى الغزيرة [٢] ثلاثة دنانير ، فهى لك بدينارين ولى مافى بطنها ، فهذا مكروه لأنه غرر ومخاطرة [٣] ، ويقول محمد : « وإذا باع الرجل بقرة . . . . وهى حامل واستثنى ما فى بطنها فإن البيع على هذا فاسد لا يجوز . . . . ؛ لأنه استثنى مالم يعرف » [٤].

ومن أمثلته أيضا : أن يبيع غنما ويشترط منها شاة غير مسماة ، أو يبيع نخلا ويشترط منها نخلة أو نخلتين مجهولتين ، أو يبيع عدلا من الثياب على أن يكون له منها ثوب غير معين فالبيع فى كل هذا فاسد ، وهكذا كل شىء مجهول

---

(١) نيل الأوطار ٥ : ٢٤٨ والبحر الزخار ٣ : ٢٩٦ ، والمغنى ٤ : ١٠٠ ، والمهذب ١ : ٢٦٥ والمجموع ٩ : ٣١١ — ٣١٢ ، ومفتاح الكرامة ٤ : ٣٠٠ ، وانظر أيضا ص ٧٣٠ منه ، ويستدل لهذا بما رواه جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثنيا « أخرجه مسلم ، وأخرجه أيضا النسائى وابن ماجه بزيادة : « إلا أن تعلم » قال النووى ، وهذه الزيادة حسنة فانها مبينة لرواية مسلم ، نيل الأوطار ٥ : ٢٤٨ والمجموع شرح المهذب ٩ : ٣١١

(٢) الغزيرة أى الكثيرة اللبن . الزرقانى على الموطأ ٣ : ٢١٤

(٣) الموطأ مع المنتقى ٥ : ٤٢ ، انظر أيضا ٤ : ١٦٢ ، ويريد مالك « بلا ينبغى » « ومكروه » أن البيع غير صحيح . انظر المنتقى ٤ : ١٦٢

(٤) الأصل ٣٩ : ٩٩ ، وانظر أيضا المغنى ٤ : ١٠٣ ، وبداية المجتهد ٢ : ١٦٢

يستثنى من المبيع أو الثمن فإنه يفسد البيع [١] .

وللمالكية رأى يخالف رأى الجمهور فى بيع البستان واستثناء نخلات منه ، خلاصته أنه يجوز أن يبيع الرجل بستانه المثمر ويستثنى منه عددا من النخلات يختارها بعد البيع ، كأن يقول : بعتك هذا البستان المثمر بمائة جنيه إلا خمس نخلات أختارها منه ، بشرط أن يكون الثمر المستثنى قدر ثلث ثمر البستان كيلا أو أقل [٢] ، قال مالك : « الأمر المجتمع عليه عندنا أن الرجل إذا باع ثمر حائطه له أن يستثنى من ثمر حائطه ما بينه وبين ثلث الثمر ، لا يجاوز ذلك ، وما كان دون الثلث فلا بأس به » ، ويعلل مالك صحة هذا البيع بأن: « رب الحائط إنما استثنى شيئا من ثمر حائط نفسه ، وإنما ذلك شىء احتبسه من حائطه وأمسكه لم يبعه ، وباع من ثمر حائطه ماسوى ذلك [٣] .

وإنما جاز استثناء اليسير — الثلث فأقل — ولم يجز استثناء الكثير ؛ لأنه إذا اشترط استثناء عدد كثير ذهب بمعظم الجملة فدخل كثير الغرر فيما بقى منها ففسد العقد ، وإن اشترط اليسير بقى معظم الجملة فقل الغرر فيها ، هذا إذا اشترط البائع أن يختار النخلات المستثناة ، أما إذا أطلق القول بأن قال: أبيعك هذا الحائط غير أربع نخلات فإن البيع يجوز ، قل العدد أو كثر ، ويكون البائع شريكا بما استثناه من العدد ، فلو كان عدد نخل الحائط أربعين كان له عشر الثمر مشاعا [٤] .

---

(١) الأصل ١٠٠ ، والمغنى ٤ : ١٠٠ـ١٠٢ ، والمنتزع المختار ٣ : ٥٨ ، والمحلى ٨ : ٤٣١ لايجوز ابن حزم الاستثناء فى البيع إلا فى صورتين، الأولى : أن يكون المستثنى جزءاً مشاعا منسوبا إلى الجميع،الثلث أو النصف . والثانية : أن يكون المستثنى عينا ، مبينة محوزة كهذه النخلة.

(٢) الدسوقى على الشرح الكبير ٣ : ٥٢

(٣) الموطأ بهامش المنتقى ٠ : ٢٣٧ و ٢٣٨

(٤) المنتقى ٤ : ٢٣٨

الفصل الثالث

الشرط الذى يزيد من الغرر الذى فى العقد

هـذا النوع من الشروط يكون فى العقود التى فى أصلها غرر ، والتى يقول عنها بعض الفقهاء : إن الأصل منعها ، ولـكنها جازت استثناء ، وسنأخذ عقـد المضـاربة كمثال ؛ لأنه من أظهر العقود التى يقترن بها هـذا النوع من الشروط .

الشروط التى تزيد من الغرر فى المضاربة :

يقول ابن رشد : « اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز أن يقترن بعقد المضاربة شرط يزيد فى الغرر الذى فيه ، وإن كانوا اختلفوا فيما يقتضى ذلك من الشروط ممـا لا يقتضى »[1] ، فمن هذه الشروط :

١ ـ اشتراط أحد المتعاقدين شيئا زائدا من الربح لنفسه :

لا يجوز أن يشترط أحد المتعاقدين فى عقد المضاربة لنفسه من الربح شيئا زائدا غير ما انعقـدت عليه المضاربة ؛ لأن هـذا الشرط يزيد من الغـرر فى المعقود عليـه ، لأن أحد المتعاقدين سيأخذ شيئا محققا ويبقى الآخر وحده فى الخطر ؛ ولهذا منع مالك أن يكون مع المضاربة بيع أو كراء أو أى عمل يشترطه أحدهما لصـاحبه[2] ، ومن هـذا مالو اشترط أحدهما أن يكون له من نصيب الآخر جنيه مثلا ؛ لجواز ألا يحصل له من الربح غيره[3] .

---

(١) بداية المجتهد ٢ : ٢٣٦

(٢) المصدر السابق ٢ : ٢٣٨

(٣) البحر الزخار ٤ : ٨٢

٢ ـ شرط الضمان على العامل :

إذا شرط رب المـال الضمان على العامل إن تلف رأس المـال بلا تفريط منه ، فإن المضاربة لا تجوز عند مالك ، لأن فى ذلك زيادة غرر [١] ، وعند الحنابلة الشرط باطل ، والعقد صحيح ، لأن هـذا شرط لا يؤدى إلى جهـالة الربح فلا يفسد به العقد [٢] ، وهو مذهب الحنفية [٣] .

٣ ـ اشتراط تصرف خاص :

لا يجوز عند المـالكية أن يشترط رب المـال على العـامل تصرفا خاصا من شأنه أن يضيق عليه محيط عمله ، لأن هـذا الشرط يزيد من الغـرر بتقليل فرص الربح ، وذلك كما لو اشترط عليه ألا يشترى إلا من فلان ، أو ألا يشترى إلا فى الصيف ، أو ألا يشترى إلا من سوق كذا ، ونحو ذلك ؛ لأن ما يطلبه المضارب قد لا يوجد عند الشخص ، أو فى الزمان ، أو المكان الذى قيده به رب المـال ، وفى هذا — كما قلنـا — تضييق على العامل ، ولهذا يجوز اشتراط التصرف الخاص الذى لا يترتب عليه تضييق ، كأن يشترط عليه أن يتجر فى سلعة معينة ، مادامت السلعة متوفرة طول السنة [٤] .

والشافعية أيضا لا يجوزون اشتراط تصرف خاص ، فإن المضاربة عندهم لا تصح إلا على التجارة فى جنس يعم كالثياب والفاكهة فى وقتها ، ولا تصح على مالا يعم كالياقوت الأحمر والخيل البلق ، وكذلك لا تصح فى سلعة بعينها ، ولا على ألا يشترى إلا من رجل بعينه ؛ لأن المقصود من المضاربة الربح ،

---

(١) بداية المجتهد ٢: ٢٢٨

(٢) المغنى ٥: ٦٢

(٣) تحفة الفقهاء ٣: ٢٥

(٤) بداية المجتهد ٢ : ٢٢٨ والشرح الكبير ٣ : ٤٥٦ و٤٥٨ وانظر أيضا ٣ : ٤٦١

فإذا علقت على مالا يعم ، أو على سلعة بعينها ، أو على شخص بعينه تعذر المقصود ، لأن السلعة قد لا توجد، والشخص المعين قد لا يوجد عنده ما بربح [١]

ويتفق الإمام يحيى والقاسمية مع المالكية والشافعية [٢] .

وقال الحنفية : تجوز المضاربة مع اشتراط التصرف الخاص ويتقيد المضارب بالشرط مادام التقييد مفيدا ، فإن خالف ضمن ، وذلك لأن الغرر فى هذا الشرط يسير لا يؤثر فى صحته ، قياسا على ما أجمع عليه الفقهاء من صحة اشتراط رب المال على العامل ألا يتصرف تصرفا خاصا [٣] .

والحنابلة كالحنفية يجوزون اشتراط تصرف خاص على العامل ما دام الشرط لا يمنع الربح بالكلية [٤] .

---

(١) المهذب ١ : ٣٨٦

(٢) البحر الزخار ٤ : ٨٥

(٣) ابن عابدين ٤ : ٦٧٠ وانظر بداية المجتهد ٢ : ٢٣٨ والبحر الزخار ٤ : ٨٥

(٤) المغنى ٥ : ٦٢ — ٦٣

القسم الثالث

الغرر المؤثر والغرر غير المؤثر

تمهيد :

سيكون هذا القسم من الرسالة استنتاجا من كل ما عرضته فى القسمين السابقين ، ومن غيره مما يتصل بالموضوع ، لا أتقيد فيه بمذهب معين ، وإنما أبين فيه ما أعتقده الصواب من آراء الفقهاء المختلفة ، أو من غيرها مما تهدى إليه نصوص الشريعة فى هذا الموضوع ، والله أسأل أن يهدينى إلى الحق ، ويجنبنى مواطن الزلل .

المراد بالغرر المؤثر :

أريد بالغرر المؤثر : الغرر الذى يكون معه العقد غير صحيح [1] ، كبيع الملاقيح ، والمضامين ، وبيع الثمار قبل ظهورها ، وبيع الملامسة ، والمنابذة ، وبيع مجهول الجنس أوالنوع ، وأريد بالغرر غير المؤثر : الغرر الذى لا يؤثر فى صحة العقد بالرغم من وجوده فيه ؛ « لأن نفى جميع الغرر فى العقود لا يقدر عليه ، وهو يضيق أبواب المعاملات [2] » ولهذا فقد عفا الشارع عن بعض أنواع الغرر للأسباب التى سنعرفها فيما بعد .

ضابط الغرر المؤثر :

الغرر المؤثر هو : **الغرر الكثير ، فى عقود المعاوضات المالية ، اذا كان فى المعقود عليه أصالة ، ولم تدع للعقد حاجة .**

هذا هو الضابط الذى استطعت استخلاصه من النصوص الواردة فى الغرر ،

---

(١) أريد بالعقد غير الصحيح ما يشمل الباطل والفاسد عند الحنفية ، وذلك لأن الغرر كما يكون سببا من أسباب فساد العقد حسب الاصطلاح الحنفى ، وهو الغالب يكون أيضا سببا من أسباب البطلان ، كما فى بيع المعدوم وبعض حالات بيع متعذر التسليم انظر ص ٣٥٣ ، ٣٤٧ وانظر ابن عابدين ٤ : ١٤٩ وقارن مصادر الحق ٣ : ١٢٦ ـ ١٢٧ و ١٥٨ و ٣٠٠ .

(٢) الشاطبى فى الاعتصام ٢ : ١٤٣ .

ومن أقوال الفقهاء ، ومن الفروع الكثيرة المتعلقة بأحكام الغرر ، وواضح من هذا الضابط أن الغرر المؤثر لا بد أن تتوافر فيه الشروط الآتية :

١ - أن يكون فى عقود المعاوضات المالية .

٢ - أن يكون كثيرا .

٣ - أن يكون فى المعقود عليه أصالة .

٤ - ألا تدعو للعقد حاجة .

فنتكلم عن هذه الشروط ، كل فى فصل :

الفصل الأول

الشرط الأول

أن يكون الغرر في عقد من عقود المعاوضات المالية

لا يؤثر الغرر إلا في عقود المعاوضات المالية ، كالبيع والإجارة، والشركة، وذلك لأن الأصل في الفقه الإسلامي حرية التعاقد، ما لم يرد نص يحد من هذه الحرية ، وقد ورد الحديث الصحيح بمنع بيع الغرر ، فوجب الأخذ به ومنع كل بيع فيه غرر ، ومقتضى هذا أن يؤثر الغرر في عقد البيع وحده ولكنا نظرنا فوجدنا أن الغرر إنما منع في البيع ؛ لأنه مظنة العداوة والبغضاء ، وأكل المال بالباطل ، كما بين ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث النهي عن بيع الثمر قبل بدو صلاحه[1] ، ولما كان هذا المعنى متحققا في كل عقود المعاوضات المالية ألحقناها بالبيع ، وقلنا: إن الغرر يؤثر فيها كما يؤثر في البيع .

أما سائر العقود فلا يتحقق فيها المعنى الذى من أجله منع الغرر في البيع ، ولهذا وجب ألا يكون للغرر أثر فيها ؛ لعدم وجود دليل يمنع الغرر فيها من نص أو قياس صحيح .

فعقود التبرعات كالهبة مثلا ، لا يترتب على الغرر فيها خصومة ولا أكل المال بالباطل ، فإذا وهب شخص لآخر ما تثمره نخلته هذا العام ، فأثمرت النخلة انتفع المهدى له بما أثمرته ، قليلا كان أو كثيراً ، وإن لم تثمر لا يخسر شيئا ، لأنه لم يدفع عوضا . فليس ثمة مايدعو إلى الخصام ، ولا ما يترتب عليه

---

(١) راجع ص ٣٥٩ – ٣٦١

أكل للمال بالباطل ، وهذا بخلاف ما إذا باع شخص لآخر ما تثمره نخلته فإن هذا العقد يترتب عليه غالبا أكل أحد المتعاقدين مال الآخر بالباطل ، ويؤدى إلى النزاع والخصومات ؛ ذلك لأن البيع مدخول فيه على التقارب بين العوضين، فإذا ظهر أن هناك تفاوتا كبيرا بينهما حصل الندم والحسرة والخصومة وأكل المال بالباطل ، فلهذا كان من الحكمة والعدل منع كل عقد يكون مظنة لحدوث هذه الأشياء ؛ لتستقر المعاملات ، ويقضى على أسباب النزاع ما أمكن .

ومثل عقود التبرعات فى عدم تأثير الغرر عليها ، عقود المعاوضات غير المالية كالزواج والخلع ، فإن المال فى هذه العقود ليس هو المقصود منها ، فإذا كان فى المهر أو بدل الخلع غرر ينبغى ألا يؤثر فيه ، فإذا تزوجها أو خالعها على ما تثمره نخلته فالتسمية صحيحة ، لأن الغرر الذى فيها لا يفضى إلى المفسدة التى تحدث من الغرر فى الثمن أو الأجرة ، فإن المتعاقدين فى الزواج وما أشبهه لا يطلبان بالعقد الكسب المالى ، كما هو الشأن فى البيع مثلا ، فإذا فات على أحدهما من المال ما كان يؤمل ، لا يصيبه ندم إذا كان قد وصل إلى مقصوده الأصلى من العقد ؛ لأنه يكون داخلا من أول الأمر على المكارمة والمسامحة فى الجانب المالى .

الفصل الثانى

الشرط الثانى

أن يكون الغرر كثيرا

أجمع الفقهاء على أن الغرر الذى يؤثر فى العقدهو الغرر الكثير . أما الغرر اليسير فلا تأثير له مطلقا ، والاختلاف الواسع بين الفقهاء الذى شاهدناه فى أثر الغرر على عقد البيع وعقود المعاوضات المالية الأخرى لايرجع إلى اختلاف فى أصل القاعدة ، وإنما يرجع إلى اختلافهم فى تطبيقها،وهذا يكون فى الحالات الوسط التى يتردد فيها الغرر بين الكثير واليسير،فيلحقه فقيه بالكثير ويفسد به العقد ، ويلحقه فقيه آخر باليسير فيصح معه العقد [(١)] .

فمن الأمثلة المتفق عليها للغرر اليسير الذى لا يؤثر فى صحة العقد :

١ ــ بيع الجبة المحشوة وإن لم ير حشوها .

٢ ــ بيع الدار وإن لم ير أساسها .

٣ ــ الإجارة على دخول الحمام ، والشرب بعوض من ماء السقاء ، مع اختلاف أحوال الناس فى استعمال الماء ، ومكثهم فى الحمام .

٤ ــ إجارة الدار شهرا ، مع أن الشهر قد يكون ثلاثين يوما وقد يكون تسعة وعشرين [(٢)] .

---

(١) انظر بداية المجتهد ٢:١٥٥ ، والمقدمات الممهدات ٢:٢٢٢ ، والفروق ٣ :٢٦٥ ــ والمجموع ٩:٢٥٨ ، والاعتصام للشاطبى ٢ :٤٣ ــ ١٤٤ .

(٢) الفروق ٣ : ٢٦٥ . والمجموع ٩ : ٢٥٨ و ٣٠١

ومن الأمثلة المتفق عليها للغرر الكثير المؤثر فى صحة العقد :

١ ـ بيع الحصاة . ٢ ـ بيع الملامسة .

٣ ـ بيع المنابذة .

٤ ـ بيع مجهول الذات من غير أن يكون للمشترى حق فى تعيينه .

٥ ـ بيع مجهول الجنس أو النوع . ٦ ـ بيع الحمل دون أمه.

٧ ـ بيع المضامين والملاقيح . ٨ ـ بيع المزابنة .

٩ ـ بيع المحاقلة . ١٠ ـ بيع ضربة الغائص .

١١ ـ بيع حبل الحبلة .

١٢ ـ تأجيل الثمن إلى أجل مجهول حصوله .

١٣ ـ بيع المرء ما ليس عنده . ١٤ ـ بيع الثمر قبل ظهوره .

١٥ ـ السلم فيما لا يغلب وجوده عند حلول الأجل .

يتبين من هذه الأمثلة أن المدى واسع جدا بين الغرر الكثير والغرر اليسير المتفق عليهما ، وفى هذا المدى الواسع يقع الغرر المتوسط ، المختلف فى تأثيره على العقد ، ومن أمثلته :

١ ـ البيع المعلق والمضاف . ٢ ـ بيع ما يكمن فى الأرض.

٣ ـ بيع ما يختفى فى قشره . ٤ ـ بيع العرايا .

٥ ـ بيع الجزاف . ٦ ـ بيع الصوف على ظهر البهيمة .

٧ ـ بيع اللبن فى الضرع . ٨ ـ البيع بغير ذكر ثمن .

٩ ـ البيع بسعر السوق . ١٠ ـ البيع بربح نسبة مئوية من الثمن.

١١ ـ البيع بسعر الوحدة . ١٢ ـ تأجيل الثمن إلى الميسرة .

١٣ ـ بيع الآبق . ١٤ ـ بيع السمك فى الماء . والطير فى الهواء .

١٥ ـ بيع المشترى المبيع قبل قبضه. ١٦ ـ بيع المغصوب.

١٧ ـ بيع الثمر قبل بدو صلاحه بشرط الترك.

١٨ ـ بيع الزرع الذى يوجد بعضه بعد بعض.

١٩ ـ بيع العين الغائبة. ٢٠ ـ السلم الحال.

٢١ ـ إجارة الأرض. ٢٢ ـ المزارعة.

٢٣ ـ المساقاة. ٢٤ ـ إجارة الفحل للضراب.

٢٥ ـ إجارة الشجر للثمر. ٢٦ ـ الجعالة.

٢٧ ـ شركة الأبدان. ٢٨ ـ شركة الوجوه.

٢٩ ـ شركة المفاوضة. ٣٠ ـ المضاربة المؤقتة.

يتبين من هذا العرض أن ما اختلف فيه الفقهاء من مسائل الغرر أكثر مما اتفقوا عليه، كما يتبين أن أكثر ما اتفقوا على منعه ورد فيه نص خاص، وقد تكلمنا عن هذه المسائل المتفق عليها والمختلف فيها فى أماكنها من الرسالة بما فيه الكفاية، غير أن هناك مسألة تتعلق بسبب اختلاف الفقهاء فى بيع الغائب أشار إليها ابن رشد، أريد أن أوضحها هنا لما لها من صلة بالموضوع:

بينا فيما مضى مذاهب الفقهاء فى بيع العين الغائبة، واختلافهم فى ذلك،[1] ونضيف هنا أن سبب الخلاف، كما يقول ابن رشد: «هل نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحس هو جهل مؤثر فى بيع الشىء، فيكون من الغرر الكثير، أم ليس بمؤثر، وأنه من الغرر اليسير المعفو عنه؟»[2].

---

(١) راجع ص ٣٩٦ وما بعدها.

(٢) بداية المجتهد ٢ : ١٥٦.

فالشافعي ومن وافقه رآه من الغرر الكثير ، ولهذا منع فى قوله الجديد بيع الغائب مطلقا ، وصف أو لم يوصف ، وعلل ذلك بالنهى عن بيع الغرر . ومالك ومن معه — رآه من الغرر اليسير ، ولهذا أجاز بيع الغائب على الصفة بالشروط التى تقدم ذكرها ، واعتبر الصفة فى هذه الحالة قائمة مقام المعاينة ، ولهذا لم يجعل للمشترى الخيار إذا وجد المبيع كما وصف له . وأبو حنيفة ـ ومن وافقه ـ رأى أنه من الغرر الكثير ، وكان مقتضى هذا ألا يجيز بيع الغائب ، ولكنه أجازه لأنه أثبت للمشترى خيار الرؤية ، وهذا الخيار عنده يرفع الغرر الموجود فى بيع الغائب مطلقا ، وصف أو لم يوصف ، ولهذا أثبت للمشترى هذا الخيار ، ولو كان البيع على الصفة، ووجد المشترى المبيع كما وصف له ، لأن الصفة عنده لا تقوم مقام الرؤية ، كما يرى مالك ، فسبب جواز بيع الغائب عند أبى حنيفة هو ثبوت خيار الرؤية لا وصف المبيع .

ضابط الغرر الكثير والغرر اليسير :

الكثرة والقلة فى الغرر من الأمور النسبية التى تختلف باختلاف الزمان والمكان والأنظار ، ولهذا فليس من السهل وضع حد فاصل بين الغرر الكثير الذى يؤثر فى العقد ، والغرر اليسير الذى لا يؤثر ، وهذا هو سبب اختلاف الفقهاء فى مسائل الغرر .

وقد رام بعض الفقهاء وضع ضابط للغرر الكثير والغرر اليسير ، منهم الباجى فهو يرى: أن الغرر اليسير هو ما لا يكاد يخلو منه عقد ، والغرر الكثير هو ما كان غالبا فى العقد حتى صار العقد يوصف به [1] . وواضح أن هذا

---

(١) المنتقى ١ : ٤١ ويوافق ابن رشد الجد الباجى فى ضابط الغرر اليسير ، فقد جاء فى المقدمات ١ : ٢٢٢ أن الغرر اليسير هو « الذى لا تنفك البيوع منه » وفسره الشيخ الدسوقى بما من شأن الناس التسامح فيه — الدسوقى على الشرح الكبير ٣ : ٥٢

الضابط لا يضع حداً فاصلا بين الكثير والقليل ؛ لأن بين الغرر الذى لا يكاد يخلو منه عقد ، والغرر الذى يتمكن من العقد حتى يوصف العقد به مسافة واسعة يتسع فيها المجال للاختلاف .

ومنهم الشيخ محمد على ، صاحب تهذيب الفروق ، فقد قسم الغرر ثلاثة أقسام :

أحدها : ما لا يحصل معه المعقود عليه أصلا .

الثانى : ما يحصل معه المعقود عليه دنيا ونزراً .

الثالث : ما يحصل معه غالب المعقود عليه .

ثم قال : فيجتنب الأولان ويغتفر الثالث [1] .

وهذا التقسيم يقابل تقسيم الغرر إلى كثير وقليل ، فالقسم الأول والثانى يقابلان الغرر الكثير ، والقسم الثالث يقابل الغرر اليسير ، غير أن هذا التقسيم غير واضح المعنى ، وهو مع ذلك غير شامل لكل أنواع الغرر — فيما يظهر لى — لأنه يدور حول حصول المعقود عليه وعدم حصوله ، مما يشعر بأن قائله يتحدث عن الغرر فى وجود المعقود عليه فقط .

رأيى :

أرى أن وضع ضابط محدد للغرر الكثير والغرر اليسير فى وقت واحد أمر غير ميسور ؛ لأننا مهما فعلنا فسنجد أنفسنا قد حددنا الطرفين ، وتركنا الوسط من غير تحديد مما يؤدى حتما إلى الاختلاف ؛ ولهذا فإنى أرى سلوك أحد المسلكين الآتيين :

---

(٢) تهذيب الفروق ١ : ١٧٠

الاول: أن نترك هذه المعايير المرنة ــ الغرر الكثير واليسير والوسط كما هي، تفسر حسب الظروف والأحوال واختلاف العصور والأنظار، ولهذا المسلك مزيته، وهي أنه يجعل نظرية الغرر نظرية مرنة تساير الحضارات المتطورة في كل عصر، مما يجعلها صالحة للبقاء والتطبيق في جميع الازمنة والأمكنة، وقد أيد الدكتور السنهوري وضع الفقهاء لهذه المعايير المرنة للغرر وعدها حسنة من حسنات الفقه الإسلامي فكتب في مصادر الحق :

« ... على أن الواجب يقتضينا أن نسجل للفقه الإسلامي حسنة من حسناته الكبرى، فهو قد اتخذ للغرر معايير مرنة أمكن معها تغاير الحلول عند تفاوت الظروف واختلاف الملابسات، فيستطيع الفقه الإسلامي من وراء هذه المعايير مسايرة الحضارة المتطورة في كل عصر، ولا شك في أن النظام القانوني الذي يتخذ المعايير المرنة — دون القواعد الجامدة — إنما يدل بذلك على تقدم كبير في الصناعة القانونية يجاري بها ما يستحدثه التطور، وعلى حيوية عظيمة تكمن فيه فتجعله صالحا للبقاء في العصور المتعاقبة»[1]

الثاني: أن نضع ضابطا للغرر الكثير وحده، ونقول: إنه هو الغرر المؤثر، وكل ما عداه فلا تأثير له، وخير ضابط هو ما قاله الباجي: الغرر الكثير هو ما غلب على العقد حتى أصبح العقد يوصف به. ومزية هذا الضابط أنه يقلل إلى حد كبير من الاختلاف في الغرر المؤثر وغير المؤثر، مع الاحتفاظ بمزية المرونة، فإن وصف العقد بأنه عقد غرر يتأثر حتما باختلاف البيئات والعصور، فالمجتمع هو الذي يخلع على العقد هذه الصفة، وقد عرف المجتمع الجاهلي عقوداً بهذه الصفة، كبيع الحصاة، وبيع الملامسة، والمنابذة، ولذا جاء الحديث ينهى

---

(١) مصادر الحق ٣ : ٥٦

عن هذه البيوع بصفة خاصة وعن « بيع الغرر » بصفة عامة والتعبير « ببيع الغرر » يشعر بأن البيع المنهى عنه هو ما تمكن فيه الغرر حتى أصبح يوصف به ولعل هذا التعبير هو الذى أوحى للباجى بتفسيره للغرر الكثير المؤثر فى العقد.

ونستطيع أن نجد تطبيقا لهذا الضابط فى عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وذلك فى بيع الثمر قبل بدو صلاحه ، فإن الناس كانوا يبيعون الثمر فى عهد الرسول صلى الله عليه وسلم واستمروا على ذلك إلى أن كثرت خصوماتهم بسبب هذا البيع ، لكثرة ما يصيب الثمر من العاهة ، وتبين أن هذا بيع غرر فنهاهم صلى الله عليه وسلم عنه . ومن ذلك أيضا أن أصحاب المزارع فى عهد الرسول صلى الله عليه وسلم كانوا يكرون مزارعهم بالماذيانات[1] ، وما يسقى الربيع[2] ، وعلى أن لصاحب الأرض هذه الناحية وللمزارع هذه ، فيهلك هذا ويسلم هذا ، ويسلم هذا ويهلك هذا ، فاختصموا فى ذلك إلى الرسول صلى الله عليه وسلم ، فنهاهم عن كراء الأرض بهذه الصفة ، لأنه أصبح عقد غرر.

---

(١) الماذيانات بذال معجمة مكسورة : ما ينبت على حافة النهر ومسايل الماء .

(٢) الربيع : النهر الصغير .

الفصل الثالث

الشرط الثالث

أن يكون الغرر فى المعقود عليه أصالة

الغرر الذى يؤثر فى صحة العقد هو ما كان فى المعقود عليه أصالة ، أما الغرر فى التابع ، أى فيما يكون تابعا للمقصود بالعقد[1] ، فإنه لا يؤثر فى العقد، ومن القواعد الفقهية المعروفة : « يغتفر فى التوابع مالا يغتفر فى غيرها »[2]

والأمثلة على هذا كثيرة نذكر منها

١ – بيع الثمرة التى لم يبد صلاحها مع الأصل :

لا يجوز أن تباع الثمرة التى لم يبد صلاحها مفردة ، لما فى ذلك من الغرر، كما ذكرنا ، ولكن لو بيعت مع أصلها جاز ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : «مَنْ ابتاع نخلة بعد أن تؤبر فثمرتها للذى باعها إلا أن يشترطها المبتاع ».ومعنى هذا أنه يجوز أن يشترط مشترى النخلة التى أبرت أن تكون الثمرة له مع الأصل ، فإذا قبل البائع ذلك انعقد البيع على الشجرة والثمرة ، مع أن الثمرة لم يبد صلاحها ؛ يقول ابن قدامة فى تعليل ذلك : لأنه إذا باعها مع الأصل حصلت تبعا فى البيع فلم يضر احتمال الغرر فيها[3]

---

(١) لا فرق بين أن يكون التابع مما يدخل فى البيع تبعا ، أو مما لا يدخل إلا بالشرط كما يتضح ذلك من الأمثلة المذكورة فى الأصل .

(٢) المجله العدلية مادة ٥٤ .

(٣) المغنى ٤ : ٨٢ ويقول ابن قدامة إن هذا البيع جائز بالإجماع .

٢ – بيع الثمرة التى لم يبد صلاحها مفردة لمالك الاصل :

وصورة ذلك أن يشترى النخلة التى أبرت من غير أن يشترط ثمرتها ، فإن أصل النخلة فى هذه الحالة تكون ملكا للمشترى ، وتكون ثمرتها ملكا للبائع ، فيبيعها للمشترى مفردة بعد ذلك ، أو أن يوصى شخص لآخر بثمرة نخله فيبيع الموصى له الثمرة لورثة الموصى المالكين للأصل .

وهذه الصورة وسط بين بيع الثمرة مفردة لغير مالك الأصل ، وبيعها تبعا مع الأصل ؛ لأنها إذا بيعت لمالك الأصل تكون قريبة مما لو اشتراهما معا ؛ ولهذا فقد اختلف الفقهاء فى صحة هذا البيع فأجازه بعضهم ، ومنعه آخرون ، وأساس الخلاف ، هو : هل يعتبر الثمر هنا مبيعا تبعاً أم لا ؟ ويقرر ابن قدامة هذا الخلاف على النحو التالى :

« الثالث أن يبيعها مفردة لمالك الأصل . . . ففيه وجهان :

أحدهما : يصح البيع وهو المشهور من قول مالك ، وأحد الوجهين لأصحاب الشافعى ؛ لأنه يجتمع الأصل والثمرة للمشترى فيصح كما لو اشتراهما معا ؛ ولأنه إذا باعها لمالك الأصل حصل التسليم إلى المشترى على الكمال ، لكونه مالكا لأصولها وقرارها ، فصح كبيعها مع أصلها .

والثانى : لا يصح ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، لأن العقد يتناول الثمرة خاصة ، والغرر فيما يتناول العقد أصلا يمنع الصحة ، كما لو كانت الأصول لأجنبى ، ولأنها تدخل فى عموم النهى ، بخلاف ما إذا باعهما معا فإنه مستثنى بالخبر المروى فيه . . . ولأن الثمرة تدخل تبعا ، ويجوز فى التابع من الغرر ما لا يجوز فى المتبوع »[1] .

---

(١) المغنى ٤ : ٨٢

٣ - بيع ما لم يوجد من الزرع مع ما وجد :

أجاز بعض الفقهاء بيع ما لم يوجد من الزرع مع ما وجد إذا كان الزرع مما تتلاحق أبعاضه فى الوجود كالقثاء والخيار عملا بهذا الأصل . فمن أجاز هذا البيع المالكية والإمام أبو بكر محمد بن الفضل البخارى من فقهاء الحنفية، وكان يقول : اجعل الموجود أصلا فى العقد وما يحدث بعد ذلك تبعا[١].
ولم يرتض المانعون هذه التبعية ، لأن المعدوم ـ ما لم يوجد من الزرع ـ لا يصلح أن يكون تابعا[٢].

٤ - بيع الحمل مع الشاة :

عرفنا أن بيع الحمل دون أمه لا يجوز ، لما فى ذلك من الغرر ، أما بيع الحمل مع أمه فإن كان البيع على الإطلاق بأن قال : بعتك هذه الشاة ، فالبيع صحيح ، ويدخل الحمل فى البيع ولا يضر ما فيه من الغرر ، لأنه تابع للمبيع ، أما لو قال : بعتك هذه الشاة وحملها ، أو مع حملها ، ففى صحة البيع خلاف ، قال بعضهم : لا يصح البيع ؛ لأنه جعل المجهول مبيعا مع المعلوم فكان مقصوداً بالبيع . وقال آخرون : يصح البيع كما فى حالة الإطلاق ، ويكون ذكر الحمل توكيداً وبيانا .[٣]

والقول بالجواز أولى فى نظرى ، لأن ذكر الحمل لا يخرجه عن كونه تابعا ، وما دمنا قد اغتفرنا الغرر فى التابع فلا وجه للقول بعدم الجواز ، ثم إن المتبايعين إذا كانا يعلمان أن الشاة حامل فلا فرق بين قول البائع : بعتك هذه

(١) المبسوط ١٢ : ١٩٧
(٢) المغنى ٤ : ٩٠ — ٩١
(٣) المجموع ٩ : ٣٢٣ — ٣٢٤

الشاة ، وقوله : بعتك هذه الشاة وحملها ، لأنهما فى الحالين يدخلان الحمل فى تقدير الثمن ، فإذا جاز البيع فى الحالة الأولى ينبغى أن يجوز فى الحالة الثانية لأن العبرة بالمعانى لا بالألفاظ .

٥ ـ بيع اللبن فى الضرع مع الشاة :

ومثل بيع الحمل مع الشاة فى الحكم بيع اللبن فى الضرع مع الشاة ، بل الجواز هنا آكد بورود نص به يؤيد القاعدة ، يقول النووى : « أجمع المسلمون على جواز بيع حيوان فى ضرعه لبن وإن كان اللبن مجهولا ، لأنه تابع للحيوان ودليله من السنة حديث المصراة[١] . »

٦ ـ بيع ما يكمن فى الأرض :

ومن هذا القبيل ما قاله بعض فقهاء الحنفية من جواز بيع ما يكمن فى الأرض ، إذا كان الموجود منه أكثر من المعدوم ، لأن المعدوم يكون تابعا للموجود ، وما قاله بعض فقهاء الحنابلة من جوازه أيضا إذا كان المقصود منه ظاهراً ، لأن الكامن يكون تابعا فلا تضر جهالته[٢] .

٧ ـ إن بعت فلك درهم وإلا فنصف درهم :

يرى الزيدية أن الإجارة على البيع لا تجوز ، فلو أجر شخصا على أن يبيع له هذه السلعة لا يجوز ، لأن البيع لا يتم إلا بالقبول ، وهو غير مقدور للأجير فكان فيه غرر ، ولكن لو قال للأجير : إن بعت فلك درهم

---

(١) المجموع ٩ : ٣٢٦

(٢) انظر ص ١٩٠

وإن لم تبع فلك نصف درهم صحت الإجارة ، لأن البيع- كما يقول المرتضى- دخل تبعا وليس مقصودا فأشبه الحقوق ، والجهالة تغتفر فيما يدخل تبعا من الحقوق[١].

ومعنى دخول البيع تبعا هنا هو أن الإجارة انعقدت على العمل وهو عرض السلعة للبيع لا على نفس البيع ، والبيع يأتى تبعا للعمل فلم يؤثر فيه الغرر .

(١) البحر الزخار ٤ : ٥٠

الفصل الرابع

الشرط الرابع

ألا تدعو للعقد حاجة

يشترط لتأثير الغرر في العقد ألا يكون الناس في حاجة إلى ذلك العقد ، فإن كانت هناك حاجة إلى العقد لم يؤثر الغرر فيه، مهما كانت صفة الغرر وصفة العقد ، لأن العقود كلها شرعت لحاجة الناس إليها ، ومن مبادىء الشريعة العامة المجمع عليها رفع الحرج ، « وما جعل عليكم في الدين من حرج »[1] ، ومما لا شك فيه أن منع الناس من العقود التي هم في حاجة إليها يجعلهم في حرج ؛ ولهذا كان من عدل الشارع ورحمته بالناس أن أباح لهم العقود التي يحتاجون إليها ولو كان فيها غرر .

ما المراد بالحاجة :

الحاجة ـ كما يقول السيوطي : هي أن يصل المرء إلى حالة بحيث لو لم يتناول الممنوع يكون في جهد ومشقة ولكنه لا يهلك[2] فالحاجة إلى عقد من العقود تكون في حالة ما إذا لم يباشر المرء ذلك العقد كان في مشقة وحرج ، لفوات مصلحة من المصالح المعتبرة شرعا ، فعقد السلم مثلا مما تدعو إليه الحاجة ؛ لأن المزارع قد لا يكون عنده المال الذي ينفقه في إصلاح أرضه وتعهد زرعه إلى أن يدرك ، ولا يجد من يقرضه ، فهو في حاجة إلى نوع من المعاملة يتمكن بها

---

(١) سورة الحج : ٧٨

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ٧٧ القاعدة الرابعة ، والمواهب السنية بهامشه ١٥٤

من الحصول على ما يحتاج إليه من المال، وإلا فاتته مصلحة استثمار أرضه وكان فى حرج ومشقة، فمن أجل هذا أبيح السلم.

الحاجة دون الضرورة

ويلاحظ أن السيوطي ذكر فى تعريف الحاجة عبارة: « ولكنه لا يهلك» والغرض من هذه الجملة التفرقة بين الحاجة والضرورة ، فحالة الضرورة كما يعرفها السيوطى أيضا هى : أن يبلغ المرء حداً إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب [1] وليس المراد بمقاربة الهلاك الإشراف على الموت ، وإنما يكفى لوصول المرء حالة الضرورة أن يخاف على نفسه الهلاك ولو ظنا . [2]

استعمال الفقهاء كلمة الضرورة مكان الحاجة :

لاحظت أن كثيرا من الفقهاء فى حديثهم عن الغرر لا يفرقون بين الحاجة والضرورة ، فيستعملون كلمة الضرورة فى موضع الحاجة ، وسأشير إلى هذا عند ذكر الأمثلة ، والواقع أن الضرورة بالمعنى الذى ذكرته سابقًا يندر تحققها فى موضوعنا هـذا ، ولذا لم أذكرها فى الشروط ، وأستطيع أن أقرر أن جميع الحالات التى استعمل فيها الفقهاء كلمة الضرورة فى حديثهم عن الغرر إنما يقصدون منها الحاجة ، بل إن من الفقهاء من فسر الضرورة بمجرد الحرج والمشقة ، وهو معنى الحاجة . يقول الدسوقى عند قول الدردير فى شرحه لمتن خليل : « وجاز

---

(١) المصدر السابق ، والاضطرار – كما يقول الأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور – أقوى أنواع الحاجة وأبرزها ، نظرية الإباحة : ٣٤٢ انظر أيضا الإكراه بين الشريعة والقانون للأستاذ محمد زكريا البرديسى ، مجلة القانون والاقتصاد كلية الحقوق بجامعة القاهرة العدد الأول السنة الحادية والثلاثون ص ١ وما بعدها .

(٢) يقول الزرقانى : « حد الاضطرار أن يخاف على نفسه الهلاك علما أو ظنا ، ولا يشترط أن يصير إلى حال يشرف معها على الموت » الزرقانى على الموطأ ٣ : ٩٥

جيع وشراء معتمدا فيه على الأوصاف المكتوبة فى البرنامج .... للضرورة» « قوله للضرورة » أى لما فى حل العدل من الحرج والمشقة على البائع من تلويثه .... [١] . ومنهم من فسر الحاجة بالضرورة ، يقول الشيخ الدردير فى شرحه لمتن خليل : « واغتفر غرر يسير للحاجة » أى للضرورة[٢] . ونرى بعضهم يعلل جواز الغرر فى عقد من العقود بالحاجة، بينما يعلله آخرون بالضرورة، مما يدل على أنهم يستعملون الكلمتين فى معنى واحد ، هو معنى الحاجة الذى بينته .

وأود أن أسجل هنا أن أكثر الفقهاء التزاما لاستعمال كلمة الحاجة هو الشيرازى من فقهاء الشافعية ، فإنه كلما ذكر مسألة ممنوعة وعلل المنع بالغرر أردفه بقوله : « من غير حاجة » كما أن فقهاء المالكية أكثر الفقهاء استعمالا لكلمة الضرورة .

ونذكر فيما يلى بعض أقوال الفقهاء فى هذا الموضوع :

يقو ابن رشد عند الكلام على بيع مايثمر بطونا مختلفة : « والسبب فى اختلافهم هل هو من الغرر المؤثر فى البيوع أم ليس من المؤثر ؟ وذلك أنهم اتفقوا أن الغرر ينقسم بهذين القسمين ، وأن غير المؤثر هو اليسير أو الذى تدعو إليه الضرورة أو ماجمع الأمرين»[٣]

---

(١) الدسوقى على الشرح الكبير ٣ : ٢٤

(٢) المصدر السابق ٣ : ٥٢

(٣) بداية المجتهد ٢: ١٥٧ ، وانظر أيضا المقدمات ٢: ٣٠٥ ، وتهذيب الفروق ١: ١٧ ويلاحظ أن هؤلاء الفقهاء الثلاثة استعملوا كلمة الضرورة مكان الحاجة .

ويقول النووى : «الأصل أن بيع الغرر باطل للحديث ، والمراد ما كان فيه غرر ظاهر يمكن الاحتراز عنه ، فأما ماتدعو إليه الحاجة ، ولا يمكن الاحتراز عنه كأساس الدار ، وشراء الحامل مع احتمال أن الحمل واحد أو أكثر ، وذكر أو أنثى ، وكامل الأعضاء أو ناقصها ، وكشراء الشاة التى فى ضرعها لبن ونحو ذلك ، فهذا يصح بيعه بالإجماع »[1]

ويقول ابن تيمية : « ومفسدة الغرر أقل من الربا ، فلذلك رخص فيما تدعو إليه الحاجة منه ، فإن تحريمه أشد ضررا من ضرر كونه غررا ، مثل بيع العقار جملة وإن لم يعلم دواخل الحيطان والأساس ، ومثل بيع الحيوان الحامل أو المرضع وإن لم يعلم مقدار الحمل أو اللبن ، وإن كان قد نهى عن بيع الحمل منفردا ، وكذلك اللبن عند الأكثرين ... »[2]

ويقول الكاسانى فى الكلام عن خيار الشرط : « هذا الخيار الأصل فيه المنع ؛ لما فيه من الغرر ، ولأنه مخالف لمقتضى العقد ، وإنما جاز بالنص للحاجة إلى دفع الغبن بالتأمل والنظر »[3]

وفى تنوير الأبصار وشرحه فى بيان حكم المزارعة « ولا تصح عند الإمام ؛

---

(١) المجموع ٩ : ٢٥٨ ، ولاحظ استعمال النووى « الحاجة » واستعمال ابن رشد « الضرورة » مع أن مقصودهما واحد .

(٢) القواعد النورانية الفقهية ١١٨ ، وانظر أيضا ص ١٣٢ و١٣٣ و١٣٥ و١٣٧ منه ويلاحظ أن الأمثلة التى ذكرها النووى وابن تيمية قد أوردت بعضها فى أمثلة الغرر اليسير وبعضها فى أمثلة الغرر فى التابع ، وهو أولى فى نظرى ، لأن ماجاز للحاجة ينبغى أن يمثل له بغير ماجاز لقلة الغرر أو للتبعية لئلا يلزم التداخل ، وإن كانت الحاجة متحققة فى حالة الغرر اليسير والغرر فى التابع

(٣) البدائع ٥ : ١٧٤ ، وانظر أيضا المبسوط ١٣ : ٤٠

لأنها كقفيز الطحان ، وعندهما تصح وبه يفتى للحاجة . . »[١]

ويقول الباجى : « وإنما جوز الجعل فى العمل المجهول والغرر للضرورة الداعية إلى ذلك »[٢] .

ويقول السيوطى فى جواز الإجارة : « القياس يقتضى منع الإجارة ، لأنها عقد يرد على منافع معدومة ، وإنما شرعت لعموم الحاجة إليها ، والحاجة إذا عمت كانت كالضرورة »[٣] ويقول مثل ذلك فى الحوالة ، لأنها من بيع الدين بالدين[٤]

ويقول ابن قدامة فى الاستدلال على جواز الجعالة : « ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك ، فان العمل قد يكون مجهولا كرد الآبق والضالة ونحو ذلك ولا تنعقد الإجارة فيه ، والحاجة داعية إلى ردها ، وقد لا يجد من يتبرع به فدعت الحاجة إلى إباحة بذل الجعل فيه مع جهالة العمل . . . »[٥]

ويقول العاملى فى إجارة الفحل للضراب : « والقصد من الضراب وإن كان هو الماء إلا أنه جوز للضرورة »[٦]

---

(١) ابن عابدين ٥ : ٢٣٩

(٢) المنتقى ٥ : ١١٠ و١١٢ ، ومثله فى القرطبى ٩ : ٢٣٢ ، والمقدمات ٢ : ٣٠٥ ، وكلهم استعمل كلمة « الضرورة »

(٣) الأشباه والنظائر ٧٩

(٤) المصدر السابق

(٥) المغنى ٥ : ٦٥٦ — ٦٥٧

(٦) مفتاح الكرامة ٤ : ١٤٤

ويقول المرتضى : « الجعالة جائزة لمس الحاجة إلى رد الضال ونحوه كالإجارة »[1]

الحاجة المعتبرة هى الحاجة العامة أو الخاصة :

الحاجة قد تكون عامة ، وهى ما يكون فيها الاحتياج شاملا لجميع الناس ، وقد تكون خاصة ، وهى ما يكون فيها الاحتياج خاصا بطائفة من الناس كأهل بلد أو حرفة ، وقد تكون فردية وهى ما يكون فيها الاحتياج خاصا بفرد أو أفراد لا تجمعهم رابطة واحدة .

فالحاجة العامة أو الخاصة هى التى نتحدث عنها ، وهى التى يقول عنها الفقهاء : إنها تنزل منزلة الضرورة . جاء فى المجلة العدلية : « الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة »[2] .

الحاجة المعتبرة هى الحاجة المتعينة :

يشترط فى الحاجة التى تجعل الغرر غير مؤثر أن تكون متعينة ، ومعنى تعينها أن تنسد جميع الطرق المشروعة للوصول إلى الغرض ، سوى ذلك العقد الذى فيه الغرر ، لأنه لو أمكن الوصول إلى الغرض عن طريق عقد آخر لا غرر فيه ، فإن الحاجة للعقد الذى فيه غرر لا تكون موجودة فى الواقع ، ولهذا لم تجز إجارة الغنم لشرب لبنها ، كما لم يجز بيع لبنها فى ضرعها ، لأن الحاجة غير متعينة ، إذ فى الإمكان شراء اللبن بعد أن يحلب ، بينما جازت إجارة الظئر باتفاق الفقهاء ؛ لأن الإرضاع لا يكون إلا عن هذا الطريق ، فالحاجة إلى هذا العقد

---

(١) البحر الزخار ٤ : ٦٢

(٢) القاعدة ٣٢ وانظر أيضا : الأشباه والنظائر ص ٧٩ ، والفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد ١ : ٦٦٧ وانظر : « أثر الحاجة فى الترخيص » فى نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ٣٤٢ وما بعدها .

متعينة ومن أجل هذا قلت: إنه ينبغى أن تجوز إجارة الشاة لإرضاع السخال[1]

ومن ذلك بيع مايوجد من الزرع بعضه بعد بعض، فقد احتج المجوزون لبيع مالم يظهر منه مع ماظهر بأن الحاجة تدعو إلى بيعه، ولا يمكن بيعه إلا على هذا الوجه، واحتج المانعون بأن الحاجة غير متعينة، لأنه يمكن الوصول إلى الغرض بطريق أخرى بيناها فى موضعها، وبينا ما فيها من فساد[2]

ومن هذا القبيل ماقاله الحنفية من عدم جواز شراء الثمر قبل بدو صلاحه وإستئجار الشجر إلى أن يدرك الثمر، فقد عللوا عدم جواز الاستئجار بأن الحاجة غير متعينة ؛ لأن فى إمكان المشترى أن يشترى الثمار والشجر معا. جاء فى فتح القدير : «ولو باع مالم يتناه عظمه مطلقاً عن الشرط ثم تركه، فإما بإذن البائع إذنا مجردا، أو إذناً ضمن الإجارة، بأن استأجر الأشجار إلى وقت الإدراك. أو بلا إذن، ففى الصورتين الأوليين يطيب له الفضل والأكل، أما فى الإذن المجرد فظاهر، وأما فى الإجارة فلأنها إجارة باطلة لعدم التعارف فى إجارة الأشجار، وعدم الحاجة، فإن الحاجة ليست بمتعينة فى ذلك، وإنما يتعين لو لم يكن مخلص إلا بالاستئجار، وهنا يمكن أن يشترى الثمار مع أصولها فيتركها عليها»[3] ولا يخفى ما فى هذا المخلص من عسر – كما يقول الكمال – فإن مشترى الثمرة قد لا يكون فى حاجة إلى الشجر، وقد لا يكون عنده ما يشترى به، وقد لا يوافقه صاحب الشجر على بيعه. وإنما ذكرت هذه المسألة ؛ لأن فيها تقريراً واضحا لأصل القاعدة، وإن كان المثال غير مقبول فى نظرى.

والذى حمل الحنفية على هذا هو أنهم يرون البيع المطلق يقتضى القطع فهو

---

(١) راجع ص ٢٥٠ و٤٧٩ و٤٨٦

(٢) أنظر ص ٣٨٣ و٣٨٤

(٣) فتح القدير ٥ : ١٠٣

جائز إذن ، على عكس ما يرى الجمهور من أن البيع المطلق يقتضى الترك فهو غير جائز ، لعدم الحاجة ، لأن فى إمكان المشترى أن ينتظر إلى أن يبدو صلاح الثمر فيشتريه .

ومن ذلك ما قاله مالك فى جواز المساقاة وعدم جواز المزارعة ، من أن المساقاة جازت ، لأن صاحب الشجر لا يستطيع أن يبيع منفعته المقصودة منه وهى الثمر قبل بدو صلاحه ، ولم تجز المزارعة ، لأن صاحب الأرض يستطيع أن يكريها بدراهم معلومة ، ومعنى هذا أن الحاجه فى المساقاة متعينة عند مالك ، لأن الانتفاع بالشجر قبل أن يبدو صلاح ثمره لا يكون إلا عن طريق المساقاة ، أما الحاجة إلى المزارعة فغير متعينة ، لأن الانتفاع بالأرض ممكن عن طريق الكراء ، وهو لا غرر فيه فى نظر مالك .[1]

الحاجة تقدر بقدرها :

من القواعد المعروفة أن الحاجة تقدر بقدرها ، أى أن ما جاز للحاجة يقتصر فيه على ما يزيل الحاجة فقط ، ومن تطبيقات هذه القاعدة فى موضوعنا ما قاله الحنفية من أن خيار التعيين لا يكون فى أكثر من ثلاثة أشياء ، لأن الحاجة تندفع بالتحرى فى ثلاثة ، لأن فيها الجيد والوسط والردىء ، يقول الكاسانى فى هذا : « . . . . والحاجة تندفع بالتحرى فى ثلاثة ، لاقتصار الأشياء على الجيد والوسط والردىء ، فيبقى الحكم فى الزيادة مردوداً إلى أصل القياس »[2] وأصل القياس المنع ، لما فيه من الغرر الناشىء عن الجهالة بذات المبيع .

---

(١) راجع ص ٤٧٠ و ٤٧٤

(٢) البدائع ٥ : ١٥٧

ومن ذلك أن هذا الخيار يجوز اشتراطه من المشترى دون البائع، لأن البائع لاحاجة له إلى الاختيار ، لأنه عارف بالمبيع : يقول الكمال فى ذلك : « وإذا ظهر أن جواز هذا البيع للحاجة إلى اختيار ما هو الأرفق والأوفق لمن يقع الشراء له حاضرا أو غائباً ، ظهر أنه لايجوز للبائع ، بل يختص خيار التعيين بالمشترى ، لأن البائع لا حاجة له إلى اختيار الأوفق والأرفق ؛ لأن المبيع كان معه قبل البيع وهو أدرى بما يلائمه منه »(١) .

أقول : مقتضى هذا التعليل أن يجوز الخيار للبائع إذا كان فى حاجة إلى اختيار الأوفق ، وهو متصور وإن كان نادرا ، وقد قال بذلك الكرخى من فقهاء الحنفية(٢)

ومن ذلك ماقاله أبو حنيفة وزفر من أن خيار الشرط لا يصح تأقيته بأكثر من ثلاثة أيام ، لأنه جاز للحاجة إلى دفع الغبن بالنظر والتأمل ، والثلاث مدة صالحة لهذا ، وما وراء ذلك لانهاية له .(٣)

ومن ذلك جواز الجعاله مع جهالة العمل ، وعدم جوازها مع جهالة الجعل ؛ لأن الحاجة تدعو إلى جهالة العمل ، ولا حاجة تدعو إلى جهالة الجعل ، يقول الباجى :

---

(١) فتح القدير ٥ : ١٣١

(٢) علق الأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور على رأى الكرخى بقوله « وهو ما أميل إليه لأن ما أجيز للمشترى من أجله يصح أن يتوفر له ، كما لو كان شخص يملك سيارتين فعرض عليه من له خبرة فى السيارات أن يبيعه إحداهما وحدد لكل ثمنا ، وكان هو فى حاجة إلى التخلص من إحداهما ورغب أن يعرض الأمر على من له خبرة فقبل البيع على أن يكون له خيار التعيين » المدخل للفقة الإسلامى للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ٦٦١ وراجع ص ١٦٦

(٣) البدائع ٥ : ١٧٤

« ولا يجوز أن يكون الجعل مجهولا ؛ لأنه لا ضرورة تدعو إلى ذلك، وإنما جاز أن يكون العمل مجهولا للضرورة الداعية إلى ذلك » ويضيف ابن العربي : « وما يسقط بالضرورة لا يتعدى سقوطه إلى ما لا ضرورة فيه »[١].

ومن ذلك أيضا ما قاله المالكية على المشهور فى المذهب : إنه يشترط فى صحة الجعالة أن يكون فى عمل العامل منفعة للجاعل كما فى الجعالة على رد الضال، أما إذا لم تعد على الجاعل فائدة فلا تصح الجعالة ، كأن يجعل شخص لآخر مبلغا على أن يصعد جبلا مثلا[٢] ،وذلك لأن الجعالة جازت للحاجة ، ولا حاجة إلى الجعالة فيما لا مصلحة فيه للجاعل .

الصلة بين الحاجة والتعامل والاستحسان :

لاحظت أن فقهاء الحنفية كثيرا ما يقولون فى كلامهم عن عقود الغرر : إن هذا العقد جاز لتعامل الناس أو للعرف أو للاستحسان ،وقد يجمعون بين الاستحسان والتعامل ، أو بين أحد هذين والضرورة أو الحاجة ، وقد يجمعون الثلاثة فى عبارة واحدة .

جاء فى تنوير الأبصار وشرحه : « وجاز إجارة الحمام ؛ لأنه عليه السلام دخل حمام الجحفة ، وللعرف ... وجاز بناؤه للرجال والنساء ... للحاجة ... وجاز إجارة الظئر . . . ، لتعامل الناس بخلاف بقية الحيوانات ، لعدم التعارف[٣] .

---

(١) المنتقى على الموطأ ٥ : ١١٣ ، وأحكام القرآن ٣ : ١٠٨٥ ويلاحظ استعمال الضرورة بمعنى الحاجة .

(٢) الدسوقى ٤ : ٥٩ والمقدمات ٢ : ٣٠٧

(٣) ابن عابدين ٥ : ٤٣ — ٤٤ وفى الحاشية : (قوله لتعامل الناس) علة للجواز وهذا استحسان .

وفى مجمع الضمانات : « المزارعة باطلة عند أبى حنيفة . . وقالا جائزة والفتوى على قولهما ؛ لتعامل الناس وللاحتياج إليها »[١].

وفى حاشية ابن عابدين عن الحاوى : « سئل محمد بن سلمة عن أجرة السمسار فقال : أرجو أنه لا بأس به ، وإن كان فى الأصل فاسدا ؛ لكثرة التعامل ، وكثير من هذا غير جائز فجوزوه ؛ لحاجة الناس إليه كدخول الحمام »[٢] .

وجاء فى الأصل : « وإذا اشترى الرجل ثوبين كل واحد منهما بعشرة دراهم ، وقبضهما على أن له الخيار أن يأخذ أحدهما ... ثم اختار أحدهما ألزمته ثمنه وكان فى الآخر أمينا ... وأصل هذا البيع فى القياس فاسد ؛ لأنه اشترى ما لم يعرف وما لم يعلم . . . ولكنى أستحسن ذلك فى الثوبين والثلاثة إذا كان المشترى قد قبض واختاره »[٣] .

ويقول الزيلعى فى الكلام عن بيع ما يوجد بعضه بعد بعض من الزرع : «وقيل : يجوز إذا كان الخارج أكثر ،ويجعل المعدوم تبعا للموجود استحسانا لتعامل الناس وللضرورة »[٤] . فهل التعامل والاستحسان عاملان آخران يجعلان الغرر غير مؤثر كالحاجة ؟

الواقع أن التعامل والاستحسان ليسا بعاملين منفصلين عن الحاجة ، فالحاجة هى الأصل ، والتعامل والاستحسان يرجعان إليها ، وبيان ذلك فيما يأتى :

---

(١) مجمع الضمانات ٣١٤

(٢) حاشية ابن عابدين ٥ : ٥٣ وانظر أيضا ص ٣٩ منه

(٣) الأصل ١٣٥ ـ ١٣٦

(٤) الزيلعى ٤ : ١٢

١ ـ التعامل مظهر للحاجة:

من الواضح أن الناس لا يتعاملون بعقد من العقود إلا إذا كانت هناك حاجة تدعوهم إلى التعامل به ، فالتعامل دليل على وجود الحاجة فيما تعاملوا به ومظهر لها ، وعدمه دليل على عدمها ، والتعامل قد يكون عاما ، وذلك إذا كانت الحاجة عامة ، وقد يكون خاصا إذا كانت الحاجة خاصة ، وهذان هما نوعا العرف المعتبر ، وهما يلتقيان مع نوعى الحاجة المعتبرة ، فالتعامل متصل بالحاجة اتصالا وثيقا ، تنشأ الحاجة أولا ، ثم يتبعها التعامل ، ولا يتصور تعامل من غير حاجة ، كما أن الحاجة العامة أو الخاصة لا تعرف إلا عن طريق التعامل العام أو الخاص .

وفى عبارات بعض فقهاء الحنفية ما يؤيد ما قلته ، من ذلك قول الكاسانى فى تعليل جواز خيار التعيين : « ... ولأن الناس تعاملوا هذا البيع لحاجتهم إلى ذلك[1] » ومن ذلك أيضا قول الكمال فى عدم جواز إجارة الأشجار المجردة : « أصل الإجارة مقتضى القياس فيها البطلان إلا أن الشرع أجازها للحاجة فيما فيه تعامل ، ولا تعامل فى إجارة الأشجار المجردة فلا تجوز[2] » .

وهذا يعنى أن الحاجة وحدها لا تكفى ، ولا بد أن يصحبها التعامل ؛ ولهذا جازت إجارة الأرض للزراعة ؛ لأن الناس فى حاجة إلى ذلك وقد تعاملوا به ، وهكذا كل ما تعارف الناس إجارته ، أما أنواع الإجارة التى لم يتعامل بها الناس فلا تجوز ، فلو اشترى شخص ثمرة الشجرة قبل بدو صلاحها ، واستأجر الشجرة

---

(١) البدائع ٥ : ١٥٧

(٢) فتح القدير ٥ : ١٠٣

إلى أن يدرك الثمر فالإجارة باطلة ؛ لعدم تعارف الناس إجارة الأشجار المجردة، ومثل ذلك إجارة الشجر لتجفف عليه الثياب ، وإجارة الأوتاد لتعليق الأشياء عليها ، وإجارة الكتب للقراءة ، ففي كل هذه الحالات لا تجوز الإجارة ؛ لعدم تعامل الناس بها ، وإن كان المستأجر قد يكون في حاجة إلى نوع من هذه الإجارات ؛ لأن هذه الحاجة فردية ، والحاجة لا تكون معتبرة إلا إذا كانت عامة أو خاصة وأمارة ذلك أن يصحبها تعامل عام أو خاص[1] .

ب ـ الاستحسان يستند إلى الحاجة او التعامل :

الاستحسان لابد له من مستند يستمد منه حجيته هو ما يعبر عنه بوجه الاستحسان ، وقد تتبعت المواطن التي ذكر فيها الحنفية الاستحسان في موضوعنا فوجدتهم يوجهون الاستحسان فيها تارة بالحاجة ، وتارة بالتعامل ، وقد عرفنا أن التعامل يرجع إلى الحاجة ، فيكون الاستحسان راجعا إلى الحاجة .

وهذه نصوص توضح ما قلناه :

يقول الكاساني : « إذا قال : بعتك أحد هذه الأثواب الأربعة بكذا ، وذكر خيار التعيين أو سكت عنه ، أو قال : بعتك أحد هذين الثوبين أو أحد هذه الأثواب الثلاثة بكذا ، وسكت عن الخيار ، فالبيع فاسد ، لأن المبيع مجهول ولو ذكر الخيار بأن قال : على أنك بالخيار تأخذ أيها شئت بثمن كذا ، وترد الباقي ، فالقياس أن يفسد البيع ، وفي الاستحسان لا يفسد . وجه القياس أن المبيع مجهول ؛ لأنه باع أحدهما غير معين ، وهو غير معلوم ، فكان المبيع مجهولا ،

---

(١) المصدر السابق والبدائع ٥ : ١٦٦ و ١٧٣ وانظر الكلام عن العرف في نظرية الإباحة ٣٧٩ — ٣٨٤ .

فيمنع صحة البيع، كما لو باع أحد الأثواب الأربعة وذكر الخيار. ووجه الاستحسان الاستدلال بخيار الشرط، والجامع بينهما مساس الحاجة إلى دفع الغبن »[1] .

فهذا عقد فيه غرر جاز استحسانا، والاستحسان هنا يستند إلى الحاجة .

ويقول السرخسى فى بيع الثمار : «... فأما إذا تناهى عظم الثمار، وصار بحيث لا يزداد ذلك، ولكن لم ينضج، فإن اشتراه بشرط القطع أو مطلقا يجوز، وإن اشتراه بشرط الترك فنى القياس فاسد، وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لما قلنا، وجوز محمد العقد فى هذا الفصل استحسانا ؛ لأنه شرط متعارف، ومدة الترك يسيرة، وقد يتحمل اليسير فيما لا يتحمل فيه الكثير[2] ... » .

فهذا استحسان مبنى على التعارف وعلى قلة الغرر .

ويقول الكاسانى عن الاستصناع : « القياس يأبى جواز الاستصناع ؛ لأنه بيع المعدوم ... وفى الاستحسان جاز؛ لأن الناس تعاملوه فى سائر الأعصار من غير نكير فكان إجماعا منهم على الجواز[3] .

وهذا استحسان يستند إلى التعامل الجماعى .

---

(١) البدائع ٥ : ١٥٧ وانظر أيضا فتح القدير ٥ : ١٣٠

(٢) المبسوط ١٢ : ١٩٥ — ١٩٦

(٣) البدائع ٥ : ٢٠٩ وانظر أيضا ٥ : ٢

القسم الرابع [1]

عقود الغرر فى التقنين المصرى

وحكمها فى الشريعة الإسلامية

تحدث التقنين المدنى المصرى فى الباب الرابع من الكتاب الثانى ـ العقود المسماة ـ عن أربعة عقود : المقامرة، والرهان ، والمرتب مدى الحياة ، والتأمين ، تحت عنوان : « عقود الغرر »، فمنع المقامرة والرهان مع بعض الاستثناءات ، وجوز المرتب مدى الحياة والتأمين .

وسأتكلم عن الجانب الذى يتصل بموضوعنا فى هذه العقود ، فى ثلاثة أبواب .

الباب الأول : المقامرة والرهان .

الباب الثانى : المرتب مدى الحياة .

الباب الثالث : التأمين .

---

(1) الغرض من هذا القسم تطبيق نظرية الغرر على بعض العقود المالية المعاصرة ، هى العقود التى جاءت فى التقنين المدنى المصرى تحت عنوان عقود الغرر ، ولذا سأتحدث عن هذه العقود فى القانون بالقدر الذى يبين حقيقتها ، ثم أذكر حكمها فى الفقه الإسلامى على ضوء ما قررته فى القسم الثالث .

الباب الأول

المقامرة والرهان

الفصل الأول

المقامرة والرهان فى القانون (١)

التعريف بالمقامرة والرهان :

المقامرة عقد يتعهد بموجبه كل مقامر أن يدفع إذا خسر المقامرة للمقامر الذى كسبها مبلغا من النقود ، أو أى شىء آخر يتفق عليه .

والرهان عقد يتعهد بموجبه كل من المتراهنين أن يدفع ، إذا لم يصدق قوله فى واقعة غير محققة ، للمتراهن الذى يصدق قوله فيها مبلغا من النقود ، أو أى شىء آخر يتفق عليه (٢) .

فكل من المقامرة والرهان عقد من عقود الغرر ؛ لأن المقامرين والمتراهنين لا يستطيع أن يحدد كل منهم وقت العقد مقدار ما يعطى أو يأخذ ، ففى كل من العقدين يتوقف ما يدفعه العاقد أو يدفع له على أمر غير محقق ، هو نتيجة المقامرة أو الرهان ، غير أن المقامرة تختلف عن الرهان فى أن المقامر يقوم بدور إيجابى

---

(١) المراجع : مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ : ٣٠٠ ـ ٣٠٤ ، والوسيط للدكتور السنهورى ٧ : ٩٨٥ ـ ١٠٤٠ ، وشرح القانون المدنى الجديد للدكتور محمد كامل مرسى ٢ : ٤٢٧ ـ ٤٥٢

(٢) الوسيط للدكتور السنهورى ٧ : ٩٨٥ المجلد الثانى

فى محاولة تحقيق الواقعة، أما المتراهن فلا يقوم بأى دور فى محاولة تحقيق صدق قوله ، فإذا اتفق المتبارون فى الألعاب الرياضية على أن من يكسب منهم يأخذ من الخاسر مبلغا من المال فهذه مقامرة ؛ لأن المتعاقدين يبذل كل منهم جهده فى أن يكون هو الكاسب ، أما إذا اتفق عدد من المشاهدين للمباراة على أن من يصدق قوله منهم فى تعيين الفائز يأخذ من الآخرين مبلغا معينا فهذا رهان ، لأن المشاهد لايقوم بأى عمل إيجابى فى محاولة تحقيق الواقعة(١) .

حكم المقامرة والرهان فى القانون :

بين التقنين المدنى المصرى حكم المقامرة والرهان فى مادتين هذا نصهما :

مادة (٧٣٩) : يكون باطلا كل اتفاق خاص بمقامرة أورهان ،ولمن خسر فى مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذى أدى فيه ماخسره ، ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك ، وله أن يثبت ما أداه بجميع الطرق .

ماده (٧٤٠) : يستثنى من أحكام المادة السابقة ، الرهان الذى يعقده فيما بينهم المتبارون شخصيا فى الألعاب الرياضية ، ولكن للقاضى أن يخفض قيمة هذا الرهان إذا كان مبالغا فيه ، ويستثنى أيضا مارخص فيه قانونا من أوراق النصيب

تدل المادة (٧٣٩) على أن كلا من عقد المقامرة والرهان باطل بطلانا

---

(١) لم يلتزم التقنين المصرى هذه التفرقة فقد جاء فى المادة ٧٤٠ :« يستثنى من أحكام المادة السابقة الرهان الذى يعقده فيما بينهم المتبارون شخصيا فى الألعاب الرياضية » والتفرقة مأخوذة عن الدكتور السنهورى ٧ :٩٨٦ ومحمد كامل مرسى ٢ :٤٢٧ .

مطلقا لا ترد عليه إجازة ، وذلك لمخالفته للنظام العـام والآداب ، فالمقامر والمتراهن لايعتمد فيما يكتسبه على السعى والعمل ، وكل اعتماده عـلى الحظ والمصادفة ، وكثيرا ما تسببت المقـامرة والرهان فى خراب بيوت عامرة ، وتشتيت أسر كانت آمنة مطمئنة ، ثم إن المجتمع الذى ينصرف أفراده إلى المقامرة والرهان لايلبث أن تضمحل ثروته ، لأن المقامر والمتراهن لاينتج شيئا ، وإنما تنتقل الثروة من مقامر إلى مقامر آخر .

ويترتب على بطلان المقامرة والرهان ألا يـكون للعقد أى أثر ، فـلا يستطيع من كسب فى مقامرة أو رهان أن يجبر من خسر على دفع المبلغ المتفق عليه ، واذا دفع الخاسر المبلغ المتفق عليه كان له أن يسترده ، ولو كان دفعه له باختياره ، بل ولو كان هناك اتفاق على عدم جواز استرداده ، وذلك لأن الخاسر دفع ما ليس مستحقا فى ذمته ، ولأن جواز الاسترداد من النظام العام ، فالاتفاق على خلافه يكون باطلا لمخالفته للنظام العام ، وقد نص القانون على هذا الحـكم صراحة فى الفقرة الثانية من المـادة (٧٣٩) . وقد حدد القانون المدة التى يبقى فيها حق الاسترداد بثلاث سنوات من الوقت الذى أدى فيه الخاسر ما خسره .

الرهان فى الالعاب الرياضية

الأصل فى القانون تحريم المقامرة والرهان ، ولـكن هناك استثناءات من هذا الأصل ، نصت المـادة (٧٤٠) على اثنين منها ، أحدهما « الرهان الذى يعقده فيما بينهم المتبارون شخصيا فى الألعاب الرياضية » .

والألعاب الرياضية التى أجاز القانون الرهان فيهـا هى الألعـاب التى تقوم على المهارة ورياضة الجسم كالجبا ز ، والـكرة ، والجرى ، وسباق الخيل ،

والمصارعة ، والسباحة ،والرماية ، وذلك تشجيعا لهذه الألعاب ،لما فيها من تقوية الجسم واستكمال أسباب الصحة .

وواضح من نص المادة أن العقد لا يكون مشروعا إلا إذا كان بين المتبارين أنفسهم ، أما إذا كان بين غيرهم فإنه يكون رهانا غير مشروع ، ففي سباق الخيل إذا تم العقد بين المتسابقين كان صحيحا ، أما إذا تم بين النظارة على من يفوز من المتسابقين فهو عقد رهان باطل ، ولو كان هناك إذن إدارى خاص بالمراهنة .

أوراق النصيب

الاستثناء الثانى من تحريم الرهان هو : « مارخص فيه قانونا من أوراق النصيب » وذلك أن اللعب بأوراق النصيب من الرهان الممنوع . ولعبة النصيب هى لعبة يسهم فيها عدد من الناس بأن يدفع كل منهم مبلغا صغيرا ابتغاء كسب النصيب ، وهو عبارة عن مبلغ كبير أو أى شىء آخر يوضع تحت السحب ، ويكون لكل مساهم رقم ، ثم توضع أرقام المساهمين فى مكان ويسحب منها عن طريق الحظ رقم أو أرقام ، فمن خرج رقمه كان هو الفائز بالنصيب .

فالأصل فى ألعاب النصيب التحريم ، ولكن القانون [1] أجاز للجهة الإدارية أن ترخص فى عمل معين من ألعاب النصيب ، توخيا لتحقيق بعض الأغراض الخيرية التى تقوم على اقتطاع جزء من الكسب الذى تدره هذه الألعاب .

---

(١) انظر القانون رقم (١٠) الصادر فى ٧ مارس سنة ١٩٠٥ بشأن أعمال اليانصيب .

البيوع الآجلة في البورصة

البيوع الآجلة في البورصة هي: ما كان فيها التزام البائع بالتسليم الناقل للملكية، والتزام المشترى بدفع الثمن مؤجلين إلى يوم معين يسمى يوم التصفية.

والبيوع الآجلة تكون في الأوراق المالية المسعرة أو في البضائع، وكثيرا ما يبيع الإنسان مالا يملكه وقت العقد اعتمادا على أنه يستطيع الحصول عليه وقت التسليم، ويسمى هذا بالبيع الآجل على المكشوف. وكثيرا ما يكون الغرض من هذه المعاملة مجرد المضاربة على فروق الأسعار، فلا يكون المشترى راغبا في التسلم ولا البائع قاصدا إلى التسليم، فإذا باع شخص عشرة أسهم بيعا آجلا بسعر السهم مائة جنيه فإنه يكون مؤملا أن ينزل سعر السهم إلى تسعين جنيها يوم التصفية، فيربح عشرة جنيهات عن كل سهم، في حين أن المشترى يكون مؤملا أن يرتفع السعر إلى مائة وعشرة، فيربح عشرة جنيهات في السهم، فالبائع يضارب على الهبوط، والمشترى يضارب على الصعود، فإذا جاء يوم التصفية لا تحصل عملية تسليم وتسلم بين البائع والمشترى، وإنما يتقاضى البائع الفرق من المشترى إذا هبط السعر، أو يدفع للمشترى الفرق إذا ارتفع السعر، فيرى من هذا أن عملية المضاربة على فروق الأسعار تدخل في الرهان الممنوع؛ لأن البائع يراهن على هبوط السعر في اليوم المحدد، والمشترى يراهن على صعوده، ومن يصدق تنبؤه يكسب الفرق.

وقد كان القانون المصرى يلحق البيع الآجل الذى يئول إلى مجرد دفع الفروق بالرهان غير المشروع إلى أن صدر القانون رقم (٢٣/٢٤) لسنة ١٩٠٩ فنص فيه على يأتى: « الأعمال المضافة الى أجل، المعقودة في بورصة مصرح

بها ، طبقا لقانون البورصة ولوائحها ، وتكون متعلقة ببضائع أو أوراق ذات قيمة مسعرة ، تعتبر مشروعة وصحيحة ، ولو كان قصد المتعاقدين منها أن تئول إلى مجرد دفع الفروق ، ولا تقبل أى دعوى أمام المحاكم بخصوص عمل يئول إلى مجرد دفع فروق إذا انعقد على ما يخالف النصوص المتقدمة» .

فمنذ صدور هذا القانون أصبحت المضاربة على فروق الأسعار مشروعة متى ما حصلت فى بورصة مصرح بها طبقا لقانون البورصة ولوائحها ، فيكون هذا استثناء ثالثا من تحريم الرهان .

الفصل الثاني

المقامرة والرهان في الفقه الإسلامي

الميسر وتحريم القرآن له :

من النظم التي كانت سائدة في المجتمع الجاهلي عند ظهور الإسلام الميسر، وهو المقامرة بالأقداح [1] لاقتسام الجزور [2] بطريقة خاصة [3] ، فالميسر إذاً ضرب من ضروب القمار ، أو هو « قمار أهل الجاهلية » كما يقول أبو حيان [4].

فلما جاء الإسلام حرمه تدريجيا ، كما فعل في الخمر ، فنزل فيه أولا قوله تعالى: « يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس ، وإثمهما أكبر من نفعهما » [5] فكان هذا إيماء إلى تحريم الميسر ؛ لأن مازاد ضرره على نفعه فالواجب تركه ، ثم نزل بعد ذلك التحريم الجازم في قوله تعالى : « يأيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون ، إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة ، فهل أنتم منتهون » [6]

---

(١) الأقداح جمع قدح بكسر القاف ، وهو قطعة من غصن مسواة مشذبة .

(٢) الجزور اسم للذكر والأنثى من الإبل.

(٣) انظر الميسر والأزلام للأستاذ عبد السلام محمد هارون .

(٤) تفسير ابى حيان ٢ : ١٥٧

(٥) البقرة : ٢١٩

(٦) المائدة ٩٠ و ٩١

الميسر ، والقمار ، والرهان

القمار كما يقول البقاعي في تفسيره هو « كل مراهنة على غرر محض »[١] فهو إذاً أعم من الميسر ، لأن الميسر وإن كان يشترك مع القمار في أنه مراهنة على غرر محض، إلا أنه مراهنة من نوع خاص ، فهو - كما قلنا - ضرب من ضروب القمار ، على أن الفقهاء ألحقوا بميسر الجاهلية سائر ضروب القمار ، فقد قال ابن سيرين ومجاهد وعطاء : « كل شيء فيه خطر فهو من الميسر حتى لعب الصبيان بالجوز »[٢] .

وقال مالك : الميسر ميسران : ميسر اللهو ، فمنه النرد والشطرنج والملاهي كلها ، وميسر القمار وهو ما يتخاطر الناس عليه .[٣] .

وقد ذكر الفقهاء ضابطا للقمار المحرم هو أن يكون كل من المقامرين غانما أو غارما[٤] ، فلو تسابق شخصان على أن السابق منهما يأخذ من الآخر جنيها فهذا قمار ، لأن كلا من المتسابقين إما أن يغنم جنيها أو يغرم جنيها ، أما لو قال أحدهما للآخر ، إن سبقتني فلك جنيه ، وإن سبقتك لا آخذ منك شيئا فليس هذا قمارا . ولا خلاف بين الفقهاء في تحريم القمار .

أما الرهان فإنه يستعمل في المسابقة ، وفي حديث مجاهد عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا تحضر الملائكة شيئا من الملاهي سوى النضال

---

(١) عن الميسر والأزلام للأستاذ عبدالسلام محمد هارون ١٦

(٢) الفخر الرازي ٢ : ٢٣٢

(٣) تفسير أبي حيان ٢ : ١٥٧

(٤) البحر الزخار ٥ : ١٠٩ ، والمغني ٨ : ٦٥٤ و ٦٥٨ و ٩ : ١٧٠ ، وابن عابدين ٥ : ٣٥٥

والرهان[1]» فسر فى السير الكبير النضال بالرمى والرهان بالمسابقة ،[2] ونقل ابن قدامة عن الأزهرى أنه قال : النضال فى الرمى ، والرهان فى الخيل ، والسباق فيهما[3] فجعل الأزهرى الرهان خاصا بالمسابقة فى الخيل . وذكر ابن جزى أن الرهان هو المسابقة بعوض[4]، وتخصص أكثر كتب الفقه بابا للمسابقة أو السبق ، والرمى أو المناضلة ، فنتكلم عن حكم المسابقة .

المسابقة [5]

المسابقة أو السبق[6] قد تكون بعوض ، وقد تكون بغير عوض ، فأما المسابقة بغير عوض فهى جائزة مطلقا فى الخيل وغيرها من الدواب والسفن وعلى الأقدام ، وفى رمى الأحجار والمصارعة وغير ذلك ، بل هى مرغب فيها ؛ لما فيها من تقوية الجسم والإعداد للدفاع عن الدين[7] .

المسابقة بعوض

وأما المسابقة بعوض — وهى الرهان الذى يهمنا بيانه — فمنها ما يجوز ،

---

(١) ورد هذا الحديث فى السير الكبير ، ولم أهتد إليه فى كتب الحديث المعروفة .

(٢) السير الكبير ٢٤٠ ط جامعة القاهرة .

(٣) المغنى ٨ : ٦٥٢

(٤) القوانين الفقهية ١٥٦

(٥) انظر فى هذا الموضوع بصفة عامة : السير الكبير ٢٣٧ — ٢٤٥ و ٢٨٠ — ٢٨١ ، وابن عابدين ٥ : ٢٤٧ و ٣٥٤ — ٣٥٧ و ٦٥٧ — ٦٥٨ ، والدسوقى على الشرح الكبير ٢ : ٢٠٨ — ٢١١ ط مصطفى محمد . والأم للشافعى ٤ : ١٤٧ — ١٥٥ ، والمغنى ٨ : ٦٥١ — ٦٧٦ و ٩ : ١٧٢ ، والبحر الزخار ٥ : ١٠١ — ١٠٩

(٦) السبق بسكون الباء المسابقة وبفتحها الجعل الذى يسابق عليه .

(٧) انظر ما ورد فى ذلك من الأحاديث والآثار فى السير الكبير ٢٤٠ و ٢٨٠ ط جامعة القاهرة والبحر الزخار ٥ : ١٠١ و ١٠٢ و ١٠٦ ونيل الأوطار ٨ : ٢٣٨ وما بعدها .

ومنها مالا يجوز ، وتفصيل ذلك أن العوض قد يكون من المتسابقين ، وقد يكون من أحدهما ، وقد يكون من غيرهما .

العوض من المتسابقين

فإن كان العوض من المتسابقين ، بأن أخرج كل منهما جنيها مثلا على أن السابق منهما يأخذ الجنيهين ، أو قال أحدهما للآخر : إن سبقتنى فلك منى جنيه ، وإن سبقتك فلى عليك جنيه ، فهذه هى المسابقة أو المراهنة الممنوعة ، لأنها تدخل فى القمار المنهى عنه إذ كل من المتراهنين إما أن يغنم جنيها وإما أن يغرم جنيها .

ومثل هذا فى الحكم مالو كان المتسابقون جماعة فأخرج كل واحد منهم جنيها على أن يأخذ السابق منهم جميع ما أخرجوه .

المحلل

إذا تسابق اثنان أو أكثر على الصورة التى ذكرناها سابقا ، وأدخلا معهما أو معهم آخر لم يخرج شيئا ، على أنه إن سبق أخذ السبق ، وإن سُبِق فلاشىء عليه ، وأخذ السابق السبق ، فقد اختلف الفقهاء فى جواز هذه الصورة ، فأجازها بعضهم ، منهم سعيد بن المسيب ، والزهرى ، والأوزاعى ، وإسحاق ، والحنفية ، والحنابلة .

وحجتهم فى ذلك أن دخول الشخص الثالث يخرج هذه الصورة من أن تكون قمارا ، لأن الشخص الثالث لا يغرم شيئا ، وقد يغنم إذا سبق ، ولهذا يسمى هذا الشخص المحلل ، ويشترط أن يكون فرسه كفئا للخيل التى دخل معها ، يحتمل أن يسبقها ؛ فإن لم يكن مكافئا لها فوجوده كعدمه ، لأنه مأمون سبقه ، وذلك لما رواه أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من أدخل فرسا بين فرسين ، وهو لا يؤمن أن يسبق فليس بقمار ؛ ومن أدخل

فرسا بين فرسين وقد أمن أن يسبق فهو قمار . رواه أحمد وأبو داود[1]

ومنعها آخرون منهم جابر بن زيد ، فقد قيل له : إن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا لا يرون بالدخيل بأسا ، قال : هم أعف من ذلك[2] كما منعها المالكية[3] .

العوض من احد المتسابقين :

وإن كان العوض من أحد المتسابقين بأن قال أحدهما للآخر إن سبقتنى فلك جنيه ، وإن سبقتك فلا شيء عليك ، فهذا جائز ؛ لأنه لا قمار فيه .

العوض من غير المتسابقين :

وإن كان العوض من غير المتسابقين فهو جائز أيضا ،سواء كان من الإمام ، ولى الأمر ـ أو من غيره ، ويجوز للإمام أن يخرج الجعل من بيت المال ؛ لأن فى ذلك مصلحة ونفعا للمسلمين ، لما فيه من الحث على الجهاد .

ما تجوز المسابقة فيه :

قلنا إن المسابقة بغير عوض تجوز مطلقا من غير تقييد بشيء معين ، أما المسابقة بعوض فقد قيدها بعض الفقهاء بالخيل والإبل والرمى ، لما رواه أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :« لا سبق[4] إلا فى نصل ، أو خف ، أو حافر» . رواه أبوداود ، والمراد بالنصل الرمى ، وبالخف الإبل ، وبالحافر

---

(١) ابن عابدين ٥ : ٣٥٥ ، والمغنى ٨ : ٦٥٨ ، والبحر الزخار ٥ : ١٠٣

(٢) المغنى ٨ : ٦٥

(٣) القوانين الفقهية ١٥٦ ، والدسوقى على الشرح الكبير ٢ : ٢١٠

(٤) قال الخطابى : الرواية الصحيحة بالفتح ، ابن عابدين ٥ : ٣٥٤

الخيل ، وقد نفى الحديث السبق فى غير هذه الثلاثة، وهذا فى المسابقة بعوض، للإجماع على جواز المسابقة بغير عوض فى غير هذه الثلاثة .

واختصت هذه الثلاثة بتجويز العوض فيها ؛ لأنها من آلات الحرب المأمور بتعلمها وإحكامها ، قال تعالى : « وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم[١]» وفى المسابقة بها مع العوض تشجيع على الاجتهاد فيها. وغير هذه الثلاثة لا يحتاج إليها فى الجهاد كالحاجة إلى هذه الثلاثة.

وأضاف بعض الفقهاء إلى هذه الثلاثة :المسابقة على الأقدام والمصارعة ؛ لأنهما من أسباب الجهاد[٢] ، وزاد آخرون : المسابقة فى الطير، لأنها تعين فى الجهاد لحمل الكتب ، وفى السفن لأنها يقاتل عليها كالخيل[٣] .

والرأى الراجح عندى جوازها فى كل ما يعلم الفروسية ويعين على الجهاد؛ لأن هذه هى العلة فى جوازها فى الخيل والإبل والرمى ، وتخصيص الرسول صلى الله عليه وسلم لها بالذكر وحصر جواز السبق فيها إنما كان لأنها أسباب الجهاد المتعارف عليها آنذاك، فإذا اعتاد الناس استعمال غيرها فى الجهاد جازت المسابقة فيه بالعوض قياسا على جوازها فيما نص عليه ، بل ينبغى جواز المسابقة بعوض فى كل ما فيه حث على الخير ، ومن هذا القبيل المسابقة بين طلبة العلم؛

---

(١) الأنفال : ٦٠

(٢) المغنى ٨ : ٦٥٢ - ٦٥٣ وابن عابدين ٥ : ٣٥٤ و ٣٥٦

(٣) البحر الزخار ٥ : ١٠٣

(٤) انظر السير الكبير ٢٤٤ ، وابن عابدين ٥ : ٣٥٦

لما فى ذلك من الحث على الاجتهاد فى العلم[1].

مقارنة بين الفقه والقانون :

يتبين من الأحكام التى ذكرناها أن المقامرة بجميع صورها ممنوعة فى الفقه الإسلامى،وأن الرهان الممنوع[2] هو ضرب من القمار ، وأن الاستثناءات التى جاء بها القانون لا يقرها الفقه الإسلامى، فالرهان بين المتبارين فى الألعاب الرياضية الذى أجازه القانون استثناء لا يجوز فى الفقه الإسلامى ، سواء كان فى سباق الخيل أو فى غيره، ولا فرق فى الفقه الإسلامى بين رهان يعقد بين المتبارين أنفسهم ، ورهان يعقد بين غيرهم ، لأن الكل قمار ما دام كل من المتراهنين يكون معرضا للغنم أو الغرم .

وأوراق النصيب للأعمال الخيرية التى يرخص فيها القانون لا يجيزها الفقه الإسلامى ، لأنها قمار ، والقمار حرام أيا كان الدافع إليه ، فإن الميسر الجاهلى الذى جاء القرآن بتحريمه كان الباعث عليه الكرم وإعانة الفقراء ، فقد كان الفائز منهم يفرق ما كسبه على الفقراء، ويفتخر بذلك،وقلما يأخذه لنفسه[3]، وهذا هو نفع الميسر الذى قرره القرآن،ومع ذلك حرمه ، لأن ضرره أكثر من نفعه ، « يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس ، وإثمهما أكبر من نفعهما » .

---

(١) انظر السير الكبير ٢٤٤ ، وابن عابدين ٥ : ٣٥٦

(٢) الرهان الجائز فى الفقه الإسلامى لا يدخل تحت مفهوم الرهان بالمعنى القانونى ، لأن الرهان الجائز يكون الالتزام فيه من جانب واحد كما رأينا ، فى حين أن الرهان فى القانون لابد أن يكون الالتزام فيه من الجانبين ، فعلى هذا يكون كل رهان بالمعنى القانونى قمارا فى الفقه الإسلامى .

(٣) تفسير البحر المحيط لأبى حيان ٢: ١٥٥ ، والفخر الرازى ٢: ٣٢

والمضاربة على فروق الأسعار التى أجازها قانون سنة ١٩٠٩ لا تجوز فى الفقه الإسلامى ، فهى ضرب من القمار أو الرهان غير المشروع، كما كان القانون يعتبرها بحق قبل سنة ١٩٠٩ ، فهى فى الواقع ليست من البيع فى شىء ، وإنما هى أكل المال بالباطل عن طريق المقامرة ، فإن من يتقاضى الفرق من المضاربين لم يعمل عملا يستحق عليه شيئا .

الباب الثانى

المرتب مدى الحياة

الفصل الأول

المرتب مدى الحياة فى القانون[1]

أورد التقنين المدنى المصرى أحكام المرتب مدى الحياة فى ست مواد ٧٤١ ـ ٧٤٦ نكتفى بذكر المادتين الأوليين منها ؛ لأن فيهما بيان ما نريده وهما :

مادة (٧٤١) : «يجوز للشخص أن يلتزم بأن يؤدى إلى شخص آخر مرتبا دوريا مدى الحياة بعوض أو بغير عوض ، ويكون هذا الالتزام بعقد أو بوصية» .

مادة (٧٤٢) : «يجوز أن يكون المرتب مقررا مدى حياة الملتزم له ، أو مدى حياة الملتزم ، أو مدى حياة شخص آخر ، ويعتبر المرتب مقررا مدى حياة الملتزم له إذا لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك» .

المرتب مدى الحياة هو إيراد دورى يعطى لشخص مدة حياته أو مدة حياة شخص آخر ، وقد بينت المادة (٧٤١ جواز الالتزام بأداء المرتب مدى الحياة ، سواء كان الالتزام مصدره عقد معاوضة أو عقد تبرع .

---

(١) المراجع : مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ : ٣٠٥ ـ ٣١٨ ، والوسيط للدكتور السنهورى ٧ : ١٠٤٣ ــ ١٠٧٩ ، وشرح القانون المدنى للدكتور محمد كامل مرسى ٢ : ٤١١ ـ ٤٢٥

المرتب بعوض :

فالالتزام بالمرتب مدى الحياة الذى يكون مصدره عقد معاوضة ، يكون عادة فى صورة عقد بيع أو قرض . فإذا تعاقد شخص مع آخر على أن يعطيه داره ، ويدفع له الآخر خمسين جنيها شهريا مدة حياته ، فإنه يكون قد باع داره بإيراد مرتب مدى الحياة ، مقداره خمسون جنيها شهريا ، والمرتب فى هذه الحالة يكون عادة أكبر من ريع العين المبيعة ، لأن جزءا منه يقابل ريع العين ، والجزء الآخر يقابل استهلاك العين . وإذا تعاقد شخص مع آخر على أن يعطيه ألف جنيه مثلا ، ويدفع له الآخر عشرة جنيهات شهريا مدة حياته ، فإنه يكون قد أقرضه ألف جنيه يردها فى صورة إيراد مرتب مدى الحياة ، مقداره عشرة جنيهات شهريا ، ويكون المرتب هنا أكبر من فائدة المبلغ المدفوع ، لأن جزءا منه يقابل الفائدة ، والجزء الآخر يقابل استهلاك المبلغ .

المرتب بغير عوض :

أما الالتزام بالمرتب مدى الحياة الذى يكون مصدره تصرفا من التصرفات التبرعية ، فيكون فى صورة هبة أو وصية ، مثال ذلك أن يهب الابن لأبيه مرتبا مدى حياته مقداره عشرون جنيها شهريا ، أو يوصى المخدوم لخادمه بمرتب مدى الحياة ، وفى كل حالة من هذه الحالات تسرى أحكام العقد الذى كان مصدرا للالتزام بالمرتب مدى الحياة .

مدة المرتب :

بينت المادة (٧٤٢) أن المرتب يجوز أن يكون بقاؤه مرتبطا بحياة الملتزم له أو بحياة الملتزم ، أو بحياة أجنبى عن العقد ، فهو مرتبط دائما بحياة شخص ، والغالب أن يكون ذلك الشخص هو الملتزم له ، ولهذا يعتبر المرتب مقررا مدى

حياته إلا إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك ، وينتهي المرتب في هذه الحالة بانتهاء حياة الملتزم له ، ولكنه لا ينتهي بموت الملتزم فيظل المرتب قائما ، وعلى ورثة الملتزم أداؤه للملتزم له ما دام حيا.

وقد يكون المرتب مدى حياة الملتزم ، فيظل المرتب باقيا ما بقي الملتزم ، وإذا مات الملتزم له قبل الملتزم لا ينقضي المرتب ، بل ينتقل إلى ورثة الملتزم له . وقد يكون الإيراد مرتبا لأقصر الحياتين ، حياة الملتزم والملتزم له، فأيهما مات أولا انقضى بموته الالتزام .

وقد يكون المرتب مدى حياة شخص ثالث غير الملتزم والملتزم له ، مثال ذلك : أن يكون هنالك شخص فقير له قريب غني يحتمل أن يرثه الفقير ، فيقرر شخص للفقير مرتبا مدى حياة قريبه الغني ، وفي هذه الحالة يستمر المرتب إلى موت الشخص الثالث ، وإذا مات الملتزم له قبله لا ينقضي المرتب،وإنما يذهب إلى ورثة الملتزم له ، وكذلك إذا مات الملتزم قبل الشخص الثالث لا ينتهي المرتب،وإنما يلتزم به ورثة الملتزم ، وقد يموت كل من الملتزم والملتزم له فيبقى المرتب يتقاضاه ورثة الملتزم له من ورثة الملتزم إلى أن يموت الشخص الثالث.

وتعليق بقاء المرتب على حياة شخص ثالث أمر نادر ؛ لأن هذا يقتضي أن تكون لحياة الأجنبي دخل في بقاء المرتب وزواله ، وهذا لا يتحقق إلا في حالات قليلة كالمثال الذي ذكرناه.

أين يوجد الغرر في عقد المرتب مدى الحياة ؟ :

قلنا إن المرتب مدى الحياة يكون مرتبطا دائما بحياة شخص ما، يبقى ما بقي الشخص حيا وينتهي بموته ، والموت وإن كان آتيا لا ريب فيه ، إلا أن وقت مجيئه مجهول لا يمكن تحديده قبل وقوعه ، وحيث إن أقساط المرتب مدى

الحياة تستمر إلى وقت الموت فإنها تكون مجهولة لا يعرف مقدارها إلا بعد الموت ، ومن هنا كان هذا العقد عقدا احتماليا ، وهذا الاحتمال أو الغرر عنصر جوهرى فى المرتب مدى الحياة ، إذا انعدم بطل العقد[1] ، أو كان عقدا آخر ، ولهذا « يقع باطلا كل مرتب قرر مدى حياة شخص وجد ميتا وقت تقرير المرتب » لأن المرتب مدى الحياة ينقضى بحياة الشخص المقرر المرتب مدى حياته ، وهذا يستلزم أن يكون حيا وقت تقريره فإذا تبين أنه كان ميتا فإن الالتزام لا يوجد .

وكذلك إذا قرر المرتب لمدة معينة كعشر سنوات مثلا يكون قد فقد عنصر الاحتمال فلا يكون مرتبا مدى الحياة ، وإنما يكون عقدا آخر ، فإذا باع شخص لآخر منزلا بثمن هو مرتب لمدة عشر سنوات كان هذا بيعا عاديا ، وكذلك إذا وهب شخص لآخر ، أو أوصى له بمرتب لمدة عشر سنوات ، كان هذا التصرف هبة عادية أو وصية عادية ، لا مرتبا مدى الحياة ؛ لأن عنصر الاحتمال غير موجود .

---

(١) يبطل العقد ، لانعدام السبب على الرأى الغالب ، ولانعدام المحل على رأى الدكتور السنهورى ، فهو يرى أن الاحتمال فى المرتب مدى الحياة هو محل التزام الملتزم بالمرتب ، وليس السبب كما يرى أغلب الشراح . انظر الوسيط للدكتور السنهورى ٧ : ١٠٦٢ — ١٠٦٣ ، ومجموعة الأعمال التحضيرية ٥ : ٣٠٩

الفصل الثانى

المرتب مدى الحياة فى الفقه الاسلامى

ليس فى الفقه الإسلامى عقد بهذا الاسم ، ولكن من اليسير معرفة حكمه من القواعد العامة ومن الأحكام الجزئية التى تشبهه .

عرفنا أن المرتب مدى الحياة عقد من عقود الغرر ، وأنه قد يكون من عقود المعاوضات ، وقد يكون من عقود التبرعات ، وبناء على هذا نستطيع أن نطبق عليه نظرية الغرر فنحكم بجوازه فى الحالة التى يكون مصدره عقد تبرع — أيا كان ذلك العقد — وذلك عملا بما اخترناه من أن الغرر لا أثر له فى عقود التبرعات[1] .

على أننا نجد فى الفقه الإسلامى عقداً من عقود التبرعات شبيها بعقد المرتب مدى الحياة ، الذى يكون فى صورة هبة ، من حيث ارتباط مدة التبرع بحياة إنسان ، هو العمرى .

فالعمرى مأخوذة من العمر ، وصورتها أن يقول شخص لآخر : أعمرتك دارى هذه ، أو دارى لك مدة حياتك ، أو مدة حياتى ، أو مدة حياة زيد ، أو دارى لك فإذا مت رجعت إلى أو إلى ورثتى ، أو دارى لك ولعقبك ، ونحو ذلك .

وقد وردت فى العمرى عدة أحاديث[2] ، اختلف الفقهاء فى تأويلها ،

---

(١) راجع ص : ٥٨٥

(٢) انظرها فى منتقى الأخبار مع نيل الاوطار ٦ : ١١٨ — ١١٩ .

وتبع ذلك اختلافهم فى حكم العمرى ، والجمهور على جوازها ، ولكنهم مختلفون فى تكييفها ، فهى عند بعضهم تمليك للرقبة تأخذ حكم الهبة ، ولو كانت مقيدة بالعمر ، فلو قال شخص لآخر : أعمرتك دارى هذه أو هذه الدار لك مدة حياتك فإن هذا يكون بمثابة ما لو قال له : وهبت لك هذه الدار ، وعلى هذا فإن المعمر يملك الدار ملكا تاما إذا توافرت شروط الهبة ، فتكون له الدار ملكا مدة حياته ، وتورث عنه كسائر أمواله ، ومعنى هذا أن التأقيت يبطل ويصح العقد[١] .

وقال فريق آخر من الفقهاء :العمرى تفيد تمليك المنافع لا الرقبة ، فإذا قال شخص لآخر : أعمرتك دارى،فإن المعمر — بالفتح — يملك الانتفاع بالدار ما دام موجوداً ، فإذا مات رجعت الدار إلى المعمر — بالكسر — أو إلى ورثته .

وممن ذهب إلى هذا الرأى فى العمرى مالك والليث[٢] .

ويؤيد هذا الرأى قول جابر : إنما العمرى التى أجازها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقول : هى لك ولعقبك ، فأما إذا قال : هى لك ما عشت فإنها ترجع إلى صاحبها[٣] .

فالعمرى عند المالكية هى تمليك منفعة شىء مملوك مدة حياة المعطى بغير عوض .

---

(١) المغنى ٥ : ٦٢٤ ـ ٦٢٧ ، وابن عابدين ٤ : ٧١٦ ، والبحر الزخار ٤ : ١٤٣ ـ ١٤٤ .

(٢) بداية المجتهد ٢ : ٣٣١ ، والمنتقى على الموطأ ٦ : ١١٩ : والمغنى ٥ : ٦٢٥ .

(٣) رواه احمد ومسلم وأبو داود منتقى الأخبار ٦ : ١١٨ .

والأصل فيها عندهم أن تقيد بحياة المعطى – بالفتح – فإذا قيدت بحياة المعطى – بالكسر – أو بحياة أجنبي جازت ، ولكنها لا تسمى عمرى حقيقة [١] .

ويرى من هذا أن العمرى عند المالكية ومن وافقهم تتفق مع المرتب مدى الحياة فى التقييد بحياة شخص ، ولكنها تختلف عنه فى أنها لا تكون إلا فى تمليك المنافع .

أما المرتب مدى الحياة الذى يكون فى صورة وصية فهو معروف فى كتب الفقه ، وقد اتفق جمهور الفقهاء على جوازه،مع اختلاف بينهم فيما يترتب عليه من أحكام [٢] ، وقد فصل قانون الوصية المصرى أحكام الوصية بالمرتبات فى المواد (٦٤ — ٧٠) مستمداً تلك الأحكام مما رجح عنده من آراء الفقهاء ، فمن الأحكام التى نص عليها القانون ، ولها مساس بموضوعنا أن الوصية إذا كانت لمعين بمرتب من رأس المال أو الغلة . . . مدة حياة الموصى له ، يقدر الأطباء حياته ويوقف من مال الموصى ما يضمن تنفيذ الوصية على وجه لا يضر

---

(١) الدسوقى على الشرح الكبير ٤ : ١٠٨ ، وانظر الكلام عن الرقبى فى المراجع السابقة .

(٢) الفتاوى الهندية ٦ : ١٢٩ ، والمنتقى شرح الموطأ ٦ : ١٦٦ - ١٦٧ والتحفة وأسنى المطالب على روض الطالب ٣ : ٥٩ .

ومنع الظاهرية الوصية بالمرتب مدى حياة الموصى له ، لأن جهالة مدة الحياة تؤدى إلى جهالة الموصى به ، والوصية بالمجهول باطلة عندهم راجع ص ٥٤٠

وانظر الكلام عن الوصية بالمرتبات فى الوصايا فى الفقه الإسلامى للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ٤١٦ - ٤٢٨ ، وانظر أيضاً أحكام الوصية للأستاذ على الخفيف ٤٨٩ وما بعدها .

بالورثة ... فإذا مات الموصى له قبل المدة التى قدرها الأطباء كان الباقى من الوصية لمن يستحقه من الورثة ، أو من أوصى له بعده ، وإذا نفد المال الموقوف لتنفيذ الوصية أو عاش الموصى له أكثر من المدة التى قدرها الأطباء فليس له الرجوع على الورثة[1] .

فالقانون أخذ برأى الجمهور فى جواز الوصية بمرتب مدى حياة الموصى له ووكل تقدير مدة حياة الموصى له إلى أهل الخبرة من الأطباء عملا بمذهب مالك[2] ، واعتبر هذا التقدير حدا أقصى لا يستحق الموصى له أكثر منه ، ولو عاش مدة أطول مما قدره الأطباء ، أخذا برأى ابن القاسم من المالكية[3] .

وأرى أن القانون لو أخذ برأى أشهب القائل بأن الموصى له يستحق المرتب مادام حيا ، ولو زاد عمره على ما قدره أهل الخبرة ، طالما كان الثلث يسعه لكان أولى ؛ لأن حياة الموصى له بعد المدة المقدرة قد أظهرت خطأ التقدير فلا يصح الاعتماد عليه ؛ ولأن فى وقف المرتب قبل موت الموصى له مخالفة لرغبة الموصى .

وأما المرتب مدى الحياة الذى مصدره عقد معاوضة ، أيا كان ذلك العقد فغير جائز ، تطبيقا لقاعدة تأثير الغرر فى عقود المعاوضات المالية ، ففى عقد المرتب مدى الحياة بعوض غرر كثير من غير حاجة ، وهذا هو الغرر المتفق على إفساده للعقد كما رأينا .

---

(١) انظر المادة (٦٦) .

(٢) المدونة ١٥ : ٤٧ ـ ٤٨

(٣) المنتقى ، الموطأ ٦ : ٦٦

هذا ولا تخلو كتب الفقه من الجزئيات التى تشبه المرتب مدى الحياة بعوض ، وقد أفتى الفقهاء بعدم جوازها ، منها هذه المسألة التى ذكرها الباجى قال :

مسألة : ومن دفع إلى رجل داره على أن ينفق عليه حياته ، روى ابن المواز عن أشهب : لا أحب ذلك ، ولا أفسخه إن وقع، وقال أصبغ: هو حرام؛ لأن حياته مجهولة ويفسخ ، وقال ابن القاسم عن مالك : لا يجوز إذا قال على أن ينفق عليه حياته[1] ، فهذا العقد غير جائز عند هؤلاء الأئمة الثلاثة ، غير أن أشهب لا يفسخه إن وقع مع منعه ابتداء ، وواضح أن العلة فى عدم الجواز هى الغرر الناشىء من جهالة مدة الحياة ، وقد صرح بذلك الشيخ الدردير فى شرحه لمتن خليل فقد جاء فى الشرح الكبير (وكبيعه) يشمل الإجارة؛ لأن المراد بيع الذات أو المنفعة، أى بيع البائع سلعة دارا أو غيرها (بالنفقة عليه) أى على البائع (حياته) فإنه فاسد للغرر؛ لعدم علم مدة الحياة[2]» .

يتبين من هذا أن المرتب مدى الحياة الذى مصدره بيع أو إجارة لا يجوز أما المرتب مدى الحياة الذى مصدره قرض فعدم جوازه أبين ؛ لأن الفساد يدخله من ناحيتين : الغرر ، والربا ، فإن من يدفع لآخر ألف جنيه مثلا على أن يستردها فى صورة مرتب شهرى مقداره عشرون جنيها مثلا يكون داخلا على أنه سيأخذ أكثر مما أعطى ، وهذا ربا ، ثم قد يتحقق ما أمله فيعيش إلى أن يسترد مبلغه وزيادة ، وقد لا يتحقق أمله فلا يعيش إلا أشهرا قليلة فيضيع عليه ما دفعه ، وهذا غرر ، وأكل للمال بالباطل .

---

(١) المنتقى على الموطأ ٥ : ٤١ .

(٢) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ٣ : ٥٠ .

لا حاجة إلى المرتب مدى الحياة بعوض :

ليست هناك حاجة تدعو إلى عقد المرتب مدى الحياة بعوض ، فإن من يملك دارا مثلا ، أو مبلغا من النقود ، فى مقدوره أن يستغله بالطرق المشروعة فيؤجر الدار ، ويتاجر بالنقود بنفسه ،أو يعطيها لمن يعمل فيها مضاربة فيضمن لنفسه دخلا دائما مع الاحتفاظ بماله ، وإن الذى يعمد إلى عقد المرتب مدى الحياة بعوض تدفعه إليه غالباً الرغبة فى الاستمتاع بكل ما يملك ، ما دام حيا ، وحرمان ورثته — إن كان له ورثة — من أن ينالوا شيئا من ماله ، يقول الدكتور السنهورى فى حديثه عن الأغراض العملية التى يفى بها المرتب مدى الحياة : « ويلجأ إلى ذلك عادة شخص فى أواخر حياته ، يملك رأس مال أوعقارا أو منقولا ، وليس له إلا ورثة من ذوى القرابة البعيدة ،أو له ورثة أقربون ولكن لا يلقى بالا إليهم ؛ فيحول رأس المال أو العين ، عن طريق المرتب مدى الحياة ، إلى أقساط دورية يتقاضاها ما بقى حيا ، فيستمتع بماله كله دون أن يبقى شيئا لأحد بعد موته »[١] ، وهذا غرض مذموم وغاية غير شريفة يمقتها الإسلام ، ولو جاءت عن طريق عقد لا غرر فيه ، فلا يمكن إذاً أن تقوم عليها حاجة تؤثر فى الغرر .

ومما تحسن الإشارة إليه هنا أن المرتب مدى الحياة بغير عوض الذى قلنا بجوازه يكون الغرض منه نبيلا غالبا ، والدافع إليه شريفا ، فإن من يهب أو يوصى لإنسان بمرتب مدى حياته يكون غرضه من ذلك أن يكفل لذلك الشخص عيشه ما دام حيا ، فالشخص الذى يجعل لوالده أو قريبه أو أجنبى محتاج مرتباً مدى حياته ، إنما يؤدى واجبا أو أمراً مرغوبا فيه .

---

(١) الوسيط ٧ : ١٠٤٥ .

الباب الثالث

عقد التأمين

الفصل الأول

عقد التأمين فى القانون [1]

التعريف بعقد التأمين :

عرف القانون المصرى التأمين بأنه « عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدى إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذى اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال ، أو إيرادا مرتبا ، أو أى عوض مالى آخر ، فى حالة وقوع الحادث ، أو تحقق الخطر المبين بالعقد ، وذلك فى نظير قسط ، أو أية دفعة أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن . » [2]

ما يستفاد من هذا التعريف :

١ — إن التأمين عقد من عقود المعاوضات المالية بين عاقدين ، أحدهما يسمى المؤمن ، وهو شركة التأمين ، والآخر المؤمن له ، ويسمى المستأمن ، وهو الشخص الذى يتعامل مع الشركة . فالمؤمن له يدفع مبلغا من المال للمؤمن

---

(١) المراجع : مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ : ٣٢١ وما بعدها ، والتأمين للدكتور البدراوى والتأمين للدكتور محمد كامل مرسى فى الجزء الثالث من شرح القانون المدنى ، والتأمين للدكتور السنهورى فى الوسيط الجزء السابع المجلد الثانى .

(٢) المادة ٧٤٧

الذى يلتزم بدفع عوض مالى للمؤمن له فى حالة تحقق الخطر ، فكل من طرفى عقد التأمين يحصل على مقابل لما يؤديه ، فالمبلغ الذى يدفعه المؤمن للمؤمن له ليس تبرعا منه ؛ لأن المؤمن له ملزم بدفع قسط التأمين ، وكون المؤمن له قد لا يأخذ شيئا فى بعض الأحيان لا يخرج التأمين من عقود المعاوضات ؛ لأن التأمين من العقود الاحتمالية كما سنرى ، ومن طبيعة العقد الاحتمالى ألا يحصل فيه أحد المتعاقدين على العوض أحيانا .

٢ — إن عقد التأمين من عقود الغرر ، لأنه عقد مستور العاقبة ، فإن كلا من العاقدين لا يستطيع أن يعرف وقت العقد مقدار ما يعطى أو يأخذ ، فالمؤمن له لا يستطيع ذلك ؛ لأنه قد يدفع قسطا واحدا من الأقساط ثم يقع الحادث فيستحق ما التزم المؤمن به ، وقد لا يقع الحادث مطلقا فيدفع جميع الأقساط ولا يأخذ شيئا ماديا . وكذلك المؤمن لا يستطيع أن يحدد ما يعطى وقت العقد بالنسبة لكل عقد بمفرده ، وإن كان يستطيع ذلك إلى حد كبير بالنسبة لمجموع المستأمنين عن طريق الاستعانة بقواعد الإحصاء .

ومرد الغرر فى التأمين إلى أن دفع أحد العوضين معلق على أمر مجهول حدوثه ، أو مجهول وقت حدوثه .

أنواع التأمين :

ينقسم التأمين من حيث شكله إلى قسمين :

١ — التأمين التعاونى ، أو التبادلى ، أو التأمين بالاكتتاب

فى هذا النوع من التأمين يجتمع عدة أشخاص معرضين لأخطار متشابهة ، ويدفع كل منهم اشتراكا معينا ، وتخصص هذه الاشتراكات لأداء التعويض المستحق لمن يصيبه الضرر ، وإذا زادت الاشتراكات على ما صرف من

تعويض كان للأعضاء حق استردادها ، وإذا نقصت طولب الأعضاء باشتراك إضافى لتغطية العجز ، أو أنقصت التعويضات المستحقة بنسبة العجز ، وأعضاء شركة التأمين التعاونى لايسعون إلى تحقيق ربح ، ولكنهم يسعون إلى تخفيف الخسائر التى تلحق بعض الأعضاء ، فهم يتعاقدون ليتعاونوا على تحمل مصيبة قد تحل ببعضهم ، وتدار الشركة بواسطة أعضائها ، فكل واحد منهم يكون مؤمنا ، ومؤمنا له .

٢ — التأمين بقسط ثابت

فى هذا النوع من التأمين،وهو النوع السائد الآن الذى تنصرف إليه كلمة التأمين عند إطلاقها،يلتزم المؤمن له بدفع قسط محدد إلى المؤمن ، وهو الشركة التى يتكون أفرادها من مساهمين آخرين غير المؤمن لهم ، وهؤلاء المساهمون هم الذين يستفيدون بأرباح الشركة .

ففى التأمين بقسط ثابت يكون المؤمن له غير المؤمن الذى يسعى دائما إلى الربح، بخلاف التأمين التعاونى فإن الشركة لا تسعى إلى الربح ، وإنما غاية أفرادها التعاون على تحمل المخاطر ، فالغرض الاجتماعى الإنسانى الذى تسعى إليه شركات التأمين التعاونى لا يوجد فى حالة شركات التأمين بقسط ثابت ، وإن كان بعض رجال القانون يرى أن التعاون بين المؤمن لهم هو الفكرة الأساسية فى التأمين بنوعيه ، غير أنه فى التأمين التعاونى أظهر منه فى التأمين بقسط ثابت ، ويؤيدون رأيهم هذا بأن المؤمن فى التأمين بقسط ثابت لا يعول فى دفع مبالغ التأمين على رأس ماله ، ولكنه يعتمد فى ذلك على الأقساط التى يجمعها من المؤمن لهم ، فالمؤمن لهم هم فى الواقع المؤمنون لأنفسهم . وتتلخص وظيفة المؤمن فى تنظيم هذا التعاون ، وتوزيع المخاطر على المؤمن لهم ، فمركز المؤمن هو مركز الوسيط بين المؤمن لهم ، وهو مدير التعاون ومنظمه .

وينقسم التأمين من حيث موضوعه إلى قسمين رئيسين .

١ — تأمين الأضرار

وهو يتناول المخاطر التى تؤثر فى ذمة المؤمن له ، والغرض منه تعويض الخسارة التى تلحق المؤمن له بسبب الحادث ، وهو ينقسم إلى قسمين :

(ا) التأمين على الأشياء : ويراد به تعويض المؤمن له عن الخسارة التى تلحقه فى ماله ، وصوره كثيرة منها التأمين من الحريق ، والسرقة ، وموت الحيوانات . . . . الخ .

(ب) التأمين من المسئولية : ويراد به ضمان المؤمن له ضد الرجوع الذى قد يتعرض له من جانب الغير بسبب ما أصابهم من ضرر يسأل عن التعويض عنه ، وأهم صوره ، تأمين المسئولية الناشئة من حوادث السيارات ، أو من حوادث العمل .

وفى تأمين الأضرار يلتزم المؤمن بتعويض المؤمن له عند حدوث الكارثة فى حدود مبلغ التأمين ، أى أن المؤمن يدفع للمؤمن له أقل المبلغين ، المبلغ المؤمن به ، والمبلغ الذى يغطى الضرر الناشىء عن الحادثة ، وليس للمؤمن له أن يجمع بين مبلغ التأمين ودعوى التعويض ضد الغير المسئول عن الحادث ، وإنما يحل المؤمن محل المؤمن له فى الدعاوى التى تكون له ضد من تسبب فى الضرر .

٢ — تأمين الأشخاص

وهو يتناول كل أنواع التأمين المتعلقة بشخص المؤمن له ، ويقصد به دفع مبلغ معين إذا وقع خطر معين للإنسان فى وجوده أو سلامته ، هذا

المبلغ يحـدده المؤمن له مع المؤمن ، ولا يتأثر بالضرر الذى يصيب المؤمن له ، وللمؤمن له أن يجمـع بين مبلغ التأمين من المؤمن ، والتعـويض ممن تسبب فى الضرر ، فالمؤمن هنا لا يحل محل المؤمن له ، كما فى تأمين الأضرار .

ويشمل تأمين الأشخاص نوعين أساسيين :

١ ـ التأمين على الحياة :

وله صور متعددة أهمها :

(أ) التأمين لحالة الوفاة — وهو عقد يتعهد بمقتضاه المومن فى مقابل أقساط دورية أو قسط واحد بأن يدفع مبلغا معينا عند وفاة المؤمن عليه ، وقد يلتزم المؤمن بدفع المبلغ فى أى وقت يمـوت فيـه المؤمن على حياته ، ويسمى بالتأمين العمرى ، ويدفع المبلغ إما للمستفيد المعين أو للورثة .

وقد يلتزم المؤمن بدفع المبلغ إذا مات المؤمن على حياته فى خلال مـدة محددة ، ويسمى هـذا بالتأمين المؤقت ، فإذا حصلت الوفاة فى أثناء المـدة وجب على المؤمن دفـع مبلغ التأمين ، وإذا عاش المؤمن على حياته إلى أن انقضت المدة برئت ذمة المؤمن ، مع احتفاظه بالأقساط .

وقد يلتزم المؤمن بدفع مبلغ التأمين إلى مستفيـد معين بشرط أن يكون حيا بعد وفاة المؤمن على حياته ، ويسمى تأمين البقيا ، فإذا مات المستفيد قبل موت المؤمن على حياته برئت ذمة المؤمن مع احتفاظه بالأقساط المدفوعة .

ب — التأمين لحال البقاء أو لحال الحياة : فى هذا النوع من التأمين يلتزم المؤمن بدفع مبلغ من المال للمؤمن له إذا ظل حيا فى تاريخ معين ، وإذا مات قبل التاريخ المحدد لا يدفع المؤمن شيئا مع إحتفاظه بالأقساط .

وفى هذه الحالة وأمثالها يجوز للمؤمن له ، لئلا تضيع عليه الأقساط ، أن يعقد تأمينا آخر يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يرد لشخص معين الأقساط المدفوعة فى التأمين الأصلى إذا توفى المؤمن له قبل الأجل الذى يستحق فيه مبلغ التأمين ، ويسمى هذا بالتأمين المضاد .

جـ — التأمين المختلط البسيط . هذا النوع هو أكثر أنواع التأمين على الحياة شيوعا ، ويلتزم فيه المؤمن بأداء المبلغ المؤمن به ، إما فى تاريخ معين للمؤمن له نفسه إذا ظل حيا فى هذا التاريخ ، وإما إلى المستفيد المعين أو إلى ورثة المؤمن له إذا مات قبل التاريخ .

ويكون القسط فى هذا النوع أكبر منه فى النوعين السابقين .

٢ — التأمين من الحوادث الجسمانية :

هذا هو النوع الثانى من نوعى التأمين على الأشخاص ، ويلتزم فيه المؤمن بدفع مبلغ معين إلى المؤمن له فى حالة ما إذا أصابه فى أثناء المدة المؤمن فيها حادث جسمانى ، أو إلى المستفيد المعين إذا مات المؤمن له .

والتأمين قد يكون تأمينا خاصا ، وهو ما يعقده المؤمن له ليؤمن على نفسه من خطر معين ، ويكون الدافع إليه هو الصالح الشخصى ، وقد يكون تأمينا اجتماعيا ، وهو ما كان الغرض منه تأمين الأفراد الذين يعتمدون فى معاشهم على كسب عملهم ، من بعض الأخطار التى يتعرضون لها فتعجزهم عن العمل ، كالمرض والشيخوخة والبطالة والعجز ، وهو يقوم على فكرة التضامن الاجتماعى ويكون إجباريا غالبا ، ويشترك فى دفع القسط مع المستفيد أصحاب العمل والدولة ، والدولة هى التى تتحمل العبء الأكبر .

نشأة التأمين

التأمين ، بالمعنى الذى ذكرناه سابقا ، عقد حديث النشأة ، فقد كان أول ظهوره فى القرن الرابع عشر فى إيطاليا ، حيث وجد بعض الأشخاص الذين يتعهدون بتحمل الأخطار البحرية التى تتعرض لها السفن أو حمولتها نظير مبلغ معين ، فكان هذا بداية التأمين البحرى ، ثم ظهر بعده التأمين على الحياة ، ثم انتشر بعد ذلك التأمين وتنوع حتى شمل جميع نواحى الحياة ،، فأصبحت شركات التأمين تؤمن الأفراد من كل خطر يتعرضون له فى أشخاصهم وأموالهم ومسئولياتهم ، بل أصبحت الحكومات تجبر رعاياها على بعض أنواع التأمين.

الفصل الثاني

حكم عقد التأمين في الشريعة الإسلامية

التأمين التعاوني جائز :

رأينا فى الفصل السابق أن التأمين نوعان: تأمين تعاونى وتأمين بقسط ثابت ، فالتأمين التعاونى جائز شرعا بل هو أمر مرغب فيه ؛ لأنه من قبيل التعاون على البر ، فإن كل مشترك فى الجمعية يدفع جزءا من ماله عن رضا وطيب نفس ليتكون منه رأس مال للجمعية ، يعان منه من يحتاج إلى المعونة من أعضاء الجمعية ، فكل مشترك هو فى الواقع متبرع باشتراكه لمن يحتاج إليه من سائر الشركاء حسب الطريقة التى يتفقون عليها .

فالتأمين التعاونى وإن كان فيه غرر كالتأمين بقسط ثابت إلا أن هذا الغرر لا يؤثر فيه ؛ لأنه يدخل فى عقود التبرعات ؛ لأن معنى التبرع فيه أوضح من معنى المعاوضة ، فإن المشتركين فى هذا العقد لا يسعون إلى الربح ، وإنما مقصودهم التعاون على تحمل نوائب الدهر ، فهو فى نظرى عقد تبرع من نوع خاص لا نظير له فى عقود التبرعات المعروفة فى الفقه الإسلامى ، كما أن التأمين بقسط ثابت عقد معاوضة مستحدث له مقوماته الخاصة أيضا .

التأمين بقسط ثابت :

عقد التأمين من العقود المستحدثة التى لم تكن معروفة قبل القرن الرابع عشر الميلادى ، كما قلنا ، ولهذا فلن نجد فى حكمه نصا خاصا أو رأيا خاصا للمتقدمين من الفقهاء ، كما أنى لا أعتقد أن هناك عقدا من العقود المعروفة فى

الفقه الإسلامى يمكن قياس عقد التأمين عليه لا من العقود الصحيحة ، ولا من العقود غير الصحيحة ، وقد حاول بعض فقهاء هـذا العصر قياسه على بعض العقود فلم يوفق إلى ذلك فى نظرى[1] .

وإذا كان الأمر كذلك فليس أمام الباحث فى هذا الموضوع إلا الرجوع إلى قواعد الشريعة العامة وتطبيقها على هذا العقد المستحدث .

والقاعدة التى تحكم هذا الموضوع هى ما قررناه فى التمهيد من أن الأصل فى العقود الجواز إلا ما ورد نص بمنعه[2] .

وتطبيق هذه القاعدة يحتم علينا أن نبحث أولا فيما إذا كان هناك دليل يمنع صحة عقد التأمين .

النهى عن أكل المال بالباطل لا يصلح دليلا على منع التأمين :

قد يقال إن عقد التأمين فيه أكل لمال الغير بالباطل ، فيتناوله النهى الوارد فى قوله تعالى : « يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » ، وأقول: إن هذه الآية وحدها لا تكفى للاستدلال على منع عقد التأمين ؛ لأن المخالف ينازع فى أنه من أكل المال بالباطل فعلى من يدعى ذلك أن يثبته بدليل آخر[3] .

---

(١) انظر بحثنا فى حكم عقد التأمين فى الشريعة الإسلامية المنشور فى كتاب أسبوع الفقه الإسلامى ، والبحوث الأخرى فى هذا الموضوع من ص ٣٧١ — ٥٥٠

عقد المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية أسبوعاً للفقه الإسلامى فى دمشق من ١٦ — ٢١ شوال سنة ١٣٨٠ الموافق ١ — ٦ أبريل ١٩٦١ بحث فيه أربعة موضوعات من بينها عقد التأمين .

(٢) راجع ص ٣ — ٩ .

(٣) راجع ص ٣ — ٦ .

التأمين ليس قمارا :

يرى بعض من تعرض لحكم التأمين أنه ممنوع ؛ لأنه قمار ، من هؤلاء الشيخ محمد بخيت المطيعي ، فقد جاء فى رسالته السوكرتاه : « عقد التأمين عقد فاسد شرعاً ، وذلك لأنه معلق على خطر ، تارة يقع ، وتارة لا يقع فهو قمار معنى[١] » .

ومنهم الشيخ أحمد ابراهيم ، فقد كتب عن التأمين على الحياة ما يأتى : « أما إذا مات المؤمن له قبل إيفاء جميع الأقساط ، وقد يموت بعد دفع قسط واحد فقط ، وقد يكون الباقى مبلغا عظيما جداً ؛ لأن مبلغ التأمين على الحياة موكول تقديره إلى طرفي العقد ، على ما هو معلوم ، فإذا أدت الشركة المبلغ المتفق عليه كاملا لورثته أو لمن جعل له المؤمن ولاية قبض ما التزمت به الشركة بعد موته ، ففى مقابل أى شىء دفعت الشركة هذا المبلغ ؟ أليس هذا مخاطرة ، ومقامرة ؟ وإذا لم يكن هذا من صميم المقامرة ، ففى أى شىء تكون المقامرة؟ على أن المقامرة حاصلة أيضا من ناحية أخرى ، فإن المؤمن له بعد أن يوفى جميع ما التزمه من الأقساط يكون له كذا ، وإن مات قبل أن يوفيها كلها يكون لورثته كذا ، أليس هذا قمارا ومخاطرة ؟ حيث لا علم له ولا للشركة بما سيكون من الأمرين على التعيين[٢] » .

وأرى أن حقيقة التأمين تختلف عن حقيقة القمار شرعا وقانونا ، وإن كان فى كل منهما غرر ، فالقمار — كما يتضح مما ذكرناه فى مواضع سابقة[٣] —

---

(١) رسالة السوكرتاه ٢٤ .

(٢) مجلة الشبان المسلمين السنة الثالثة عشرة عدد (٣) فى ٧ من نوفمبر سنة ١٩٤١

(٣) راجع ص ٤٠ .

ضرب من اللهو واللعب يقصد به الحصول على المال عن طريق الحظ والمصادفة، وهو يؤدى دائما إلى خسارة أحد الطرفين وربح الطرف الآخر ، ولهذا وصفه القرآن بأنه موقع فى العداوة والبغضاء وصاد عن ذكر الله وعن الصلاة .

والقانون — كما رأينا — يحرم المقامرة فى حين أنه يجيز عقد التأمين ولا يعتبره من القمار ، ويفرق شراح القانون بين التأمين والقمار بأن التأمين يقوم على التعاون بين المستأمنين ، ذلك التعاون الذى يؤدى إلى توزيع المخاطر بين أكبر عدد ممكن من الأفراد بدلا من أن يتحمل كل فرد عبء ما يصيبه من كارثة وحده ، ويؤدى أيضا إلى كفالة الأمان للمستأمن والمؤمن معا ، فالمستأمن واثق من الحصول على ما التزم المؤمن بأدائه ، والمؤمن مطمئن أيضا إلى أنه سيفى بما التزم به ، لأن التعويض سيدفع من الرصيد المشترك الذى تعاون المستأمنون على جمعه ، لا من مال المؤمن الخاص .

وهذا الأمان هو الغاية التى يسعى إليها كل مستأمن ، فالشخص الذى يؤمن على حياته ، أو يؤمن على ماله ضد الحريق مثلا إنما يفعل ذلك بغرض التحصن من خطر محتمل لا يقوى على تحمله وحده .

وهذه المعانى غير موجودة فى المقامرة فإن المقامر لا يتحصن من خطر وإنما يوقع نفسه فى الخطر ، وهو عرضة لأن يفقد ماله جريا وراء ربح موهوم موكول لمجرد الحظ .

وعلى هذا فلست أرى ما يبرر قياس التأمين على القمار ، فالتأمين جد ، والقمار لعب ، والتأمين يعتمد على أسس علمية ، والقمار يعتمد على الحظ ، وفى التأمين ابتعاد عن المخاطر وكفالة للأمان واحتياط للمستقبل بالنسبة للمستأمن ، كما فيه ربح محقق عادة بالنسبة للمؤمن ، وفى القمار خلق للمخاطر ،

وابتعاد عن الأمان وتعرض لمتاعب المستقبل فكيف يستويان ؟

هل فى عقد التأمين غرر

رأينا فيما مضى[1] أن التأمين عقد من العقود الاحتمالية أو عقود الغرر ، وهذه حقيقة واضحة كنا فى غنى عن التعرض لها بأكثر مما سبق ، لولا أن بعض الباحثين الذين يرون جواز عقد التأمين حاول أن ينفى صفة الغرر عنه .

فالأستاذ مصطفى أحمد الزرقا يرى أن عقد التأمين لا غرر فيه ، وينتقد القانونيين فى عده من العقود الاحتمالية دون تحفظ ، «فالتأمين — كما يقول الأستاذ الزرقا — فيه عنصر احتمالى بالنسبة إلى المؤمن فقط حيث يؤدى التعويض إلى المستأمن إن وقع الخطر المؤمن عنه ، فإن لم يقع لا يؤدى شيئا على أن هذا الاحتمال أيضا إنما هو بالنسبة إلى كل عقد تأمين على حدة ، لا بالنسبة إلى مجموع العقود التى يجريها المؤمن ، ولا بالنسبة إلى نظام التأمين فى ذاته ، لأن النظام ، وكذا مجموع العقود يرتكزان على أساس إحصائى ينفى عنصر الاحتمال ، حتى بالنسبة للمؤمن عادة ، أما بالنسبة إلى المستأمن فإن الاحتمال فيه معدوم ؛ ذلك لأن المعاوضة الحقيقية فى التأمين بأقساط إنما هى بين القسط الذى يدفعه المستأمن والأمان الذى يحصل عليه ، وهذا الأمان حاصل للمستأمن بمجرد العقد دون توقف على الخطر المؤمن منه بعد ذلك ، لأنه بهذا الأمان الذى حصل عليه واطمأن إليه لم يبق بالنسبة إليه فرق بين وقوع الخطر وعدمه فإنه إن لم يقع الخطر ظلت أمواله وحقوقه ومصالحه سليمة ، وإن وقع الخطر عليها أحياها التعويض ، فوقوع الخطر وعدمه

---

(١) انظر ص ٦٣٩

بالنسبة إليه سيان بعد عقد التأمين ، وهذا ثمرة الأمان والاطمئنان الذى منحه إياه المؤمن نتيجة للعقد فى مقابل القسط وهنا المعاوضة الحقيقية[1] » .

هذا نص ما كتبه الأستاذ الزرقا ، وهو مقبول إلى حدما فيما يتعلق بانتفاء عنصر الغرر بالنسبة للمؤمن ، فالمؤمن — كما قلنا سابقا — لا يستطيع أن يحدد مقدار ما يعطى أو يأخذ وقت العقد بالنسبة لكل عقد بمفرده ، وإن كان يستطيع ذلك إلى حد كبير بالنسبة لمجموع المستأمنين عن طريق الاستعانة بقواعد الإحصاء ، فإذا تجاوزنا فى الأمر ولم ننظر إلى علاقة المؤمن بكل مستأمَن على حدة ، ونظرنا إلى علاقته بمجموع المستأمنين فقط ، أمكننا أن نقول بانتفاء عنصر الغرر بالنسبة للمؤمن فى الظروف العادية .

ولكن انتفاء الغرر بالنسبة للمؤمن وحده لا يكفى لانتفاء الغرر عن عقد التأمين ، فلا بد من أن ينتفى الغرر بالنسبة للمستأمن أيضا ، وهو ما لم يستطع الأستاذ الزرقا إثباته ، فقد اعتمد فى ذلك على حجة واهية هى : أن العوض المقابل للأقساط هو الأمان ، أى أن محل العقد فى التأمين هو الأمان ، وهذه حجة لا تستند على فقه ولا على قانون ، فإن الأمان كما لا يخفى هو الباعث على عقد التامين ، ومحل العقد هو مايدفعه كل من المؤمن والمؤمن له ، أو ما يدفعه أحدهما ، إذ لو قلنا ، إن الأمان هو المحل لكان عقد التأمين باطلا قانونا وفقها ، فإن من الشروط المسلم بها فى القانون والفقه أن محل العقد لا بد أن يكون ممكنا ، فإذا كان المحل مستحيلا فالعقد باطل ، ومن البدهى أن الأمان فى عقد التأمين يستحيل الالتزام به ،

---

(١) أسبوع الفقه الإسلامى ٤٠٣

وهذا يدفع قول الأستاذ الزرقا إنه ليس هناك دليل يثبت أن الأمان لايجوز الحصول عليه لقاء مقابل .

ويستشهد الأستاذ الزرقا على جواز التعاقد على الأمان بعقد الاستئجار على الحراسة ، فهو يرى « أن الأجير الحارس وإن كان مستأجرا على عمل يؤديه هو القيام بالحراسة نجد أن عمله المستأجر عليه ليس له أى أثر أو نتيجة سوى تحقيق الأمان للمستأجر على الشيء المحروس واطمئنانه إلى استمرار سلامته من عدوان شخص أو حيوان يخشى أن يسطو عليه ... فكذا الحال فى عقد التأمين يبذل فيه المستأمن جزءا من ماله فى سبيل الحصول على الأمان من نتائج الأخطار التى يخشاها »[1]

وهذا استشهاد وتنظير مردود لأن المحل فى عقد الاستئجار على الحراسة هو القيام بالحراسة ، فالعقد وارد على عمل الحارس ، والأمان هو الغاية المقصودة من العقد وفرق بين الغاية والمحل[2] ، وهذا أمر واضح سلم به الأستاذ الزرقا نفسه صراحة ، ثم عاد فنقضه ، فقد قال مانصه « إنى مسلم بأن عقد الاستئجار على الحراسة وارد على عمل ... » ثم قرر أن كل عمل ترد عليه إجارة الأشخاص له أثر هو الثمرة المقصودة للمستأجر وأن العقود جميعا إنما شرعت بحسب غاياتها ونتائجها وتساءل قائلا : « فما هى غاية عقد الحراسة وماهو ذلك الأثر الذى يحصل من عمل الحارس ؟ » وأجاب بأن « الأثر هو أمان المستأجر واطمئنانه إلى أن هذه الحراسة ستحقق له سلامة الشيء المحروس ... » والكلام إلى هنا مستقيم ، ولكن الأستاذ يقول بعد

---

(١) المصدر السابق ٤٠٤

(٢) انظر تعليق الأستاذ أبى زهرة على عقد التامين فى أسبوع الفقه الإسلامى ٥٢٠ : ٥٢٢

ذلك : « فهذا دليل على أن الأمان من الطوارىء يجوز شرعا أن يشترى بثمن؛ لأن من قواعد الشريعة أن الأمور بمقاصدها وأن العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى»[1] وهنا يأتى التناقض، فإنى لا أفهم كيف يشترى الأمان بثمن من غير أن يكون محلا للعقد؟

على أنا لو سلمنا بجواز شراء الأمان فى عقد الحراسة ، فإنه لايلزم من ذلك جواز شرائه فى عقد التأمين للفارق الكبير بين العقدين ، ففى عقد الحراسة يقوم الحارس بعمل ، هو حفظ العين وحراستها فى حدود الطاقة البشرية ونتيجة لتلك الحراسة يحصل الأمان للمستأجر فهناك ارتباط وثيق بين عمل الحارس والأمان الذى يحصل للمستأجر ، أما فى عقد التأمين فإن المؤمن لايقوم بأى عمل يؤدى إلى الأمان ، فإن الشىء المؤمن عليه يكون فى يد صاحبه وتحت حراسته لا فى يد المؤمن ، والمؤمن يكون ضامنا لسلامته مما يمكن الاحتراز منه ومما لايمكن الاحتراز منه على السواء .

رأى الدكتور السنهورى :

وقد تعرض الدكتور السنهورى لوجود الغرر فى عقد التامين فى موضعين من كتابه « الوسيط » ، فبدا فى أحد الموضعين وكأنه يسلم بوجود الغرر فى عقد التأمين ، ولكنه يجوزه للضرورة[2] .

---

(١) المصدر السابق ٥٤٧ ــ ٥٤٨

(٢) قال فى الوسيط ٧ : ١٠٨٩ فى الرد على من يمنع التأمين ، لما فيه من غرر : (ه) وأما الغرر ، فقد بينا فى كتابنا « مصادر الحق فى الفقه الإسلامى » أن هناك تطورا ملحوظا فى الفقه الإسلامى فى هذه المسألة وأن أكثر المذاهب تطورا فيها هو مذهب مالك ، وقد بين ابن رشد فى عبارة جلية الأصل عند مالك فى ذلك فقال : « والأصل عنده أن من الغرر ما يجوز لموضع الضرورة »

أما فى الموضع الآخر فقد نفى الغرر عن التأمين ، ولكن نفيه له كان منصبا على الجانب الفنى من التأمين لا على الجانب القانونى ، ومع هذا فإن ماساقه من أدلة انتهت به إلى أن عقد التأمين ليس عقد غرر بالنسبة للمؤمن ؛ لأنه ، كما يقول السنهورى : «إذا أحسن المؤمن تقدير الاحتمالات والتزم الأسس الفنية الصحيحة فى التأمين لم يعرض نفسه لاحتمال الخسارة أو لاحتمال الكسب بأكثر مما يعرض نفسه لذلك أى شخص آخر يعمل فى التجارة» . وهذا متفق مع ماقررناه سابقا .

أما بالنسبة للمؤمن له فقد قال الدكتور السنهورى ما نصه : « وليس عقد التأمين احتماليا بالنسبة إلى المؤمن له ، فالعقد الاحتمالى هو الذى يتوقف على الحظ والمصادفة ، فى حين أن المؤمن له إنما يقصد بعقد التامين عكس ذلك تماما فهو يريد أن يتوقى مغبة الحظ والمصادفة »[1] .

وهذا قول غير مقبول ؛ فإن عقد التامين يتوقف على المصادفة بالنسبة للمؤمن له ؛ لأن مقدار ما يأخذه المؤمن له ، ومقدار مايعطيه متوقف على وقوع الكارثة أو عدم وقوعها ، وهو أمر احتمالى من غير شك متوقف على المصادفة ، فالكارثة قد تقع بعد يوم ، وقد تقع بعد سنة ، وليس لوقوعها أو عدمه ضابط ، وهذا هو معنى توقفها على المصادفة ، وفى عبارة الدكتور السنهورى نفسه دليل على وجود المصادفة ، فإن قوله إن المؤمن له « يريد أن يتوقى مغبة الحظ والمصادفة » لايستقيم إلا إذا كان هناك مكروه يتوقف على الحظ والمصادفة[2]

---

(١) الوسيط ٧ : ١١٤٠

(٢) انظر ماكتبه الدكتور السنهورى عن « الخطر فى عقد التأمين » فى ص ١١٤٤ و١٢١٧ — ١٢٣٧

وكون عقد التأمين يقصد به التعاون ، ولا يقصد به تحمل أثر الحظ أو الربح عن طريق الحظ ، لاينفى عنه الغرر ، وإنما ينفى أن يكون قمارا أو مراهنة ، وهذا هو ما انتهى إليه الدكتور السنهورى نفسه فى آخر كلامه فقد ختمه بقوله : « فعقد التأمين بالنسبة إلى المؤمن له ليس إذاً عقدا يقصد به تحمل أثر الحظ ، كما هو الأمر فى المقامرة والرهان ، بل هو على العكس من ذلك عقد يقصد به إبعاد أثر الحظ بقدر المستطاع »[1]

هل الغرر فى التأمين كثير أم لا ؟

انتهينا إلى أن فى عقد التأمين غررا ، وإلى أن محاولة نفى الغرر عنه بالكلية لا سند لها من فقه ولا قانون ، وعلينا بعد ذلك أن ننظر فى مقدار الغرر الذى فى التأمين على ضوء ماقررناه فى الفصل الثانى من القسم الثالث[2] لنرى هل هو من الغرر الكثير المفسد للعقد ، أم من الغرر المعفو عنه ؟ .

قلنا : إن الغرر الكثير هو « ماغلب على العقد حتى صار العقد يوصف به » وأرى أن هذا الضابط ينطبق على عقد التأمين ، فإن من أركان عقد التأمين التى لايوجد بدونها « الخطر » والخطر هو حادثة محتملة لاتتوقف على إرادة أحد الطرفين ، ولذا لايجوز التأمين إلا من حادث مستقبل غير محقق الوقوع ، فالغرر عنصر ملازم لعقد التأمين ، ومن الخصائص التى يتميز بها ، ومما يدل على أن الغرر تمكن من عقد التأمين وأصبح صفة ملازمة له أن كثيرا من

---

(١) الوسيط ٧ : ١١٤٠ ، وانظر ص ١٠٨٩ (د)

(٢) راجع ص ٥٨٧ وما بعدها .

القوانين تذكره تحت عنوان « عقود الغرر » ، ولكن بعض المجوزين لعقد التأمين ، المعترفين بوجود الغرر فيه ، يرون أن الغرر الذى فيه مغتفر لايمنع صحته ، ومن هؤلاء الأستاذ الكبير على الخفيف ، فلنعرض رأيه فى هذا الموضوع .

رأى الأستاذ على الخفيف :

ألقى الأستاذ على الخفيف بحثا عن عقد التأمين فى المؤتمر الثانى لمجمع البحوث الإسلامية ، ذهب فيه إلى جوازه ، وقد تعرض إلى الغرر فى التأمين فى أكثر من موضع فى بحثه ، فنفى وجوده فى موضع منها[1] بما لايخرج عما ذكرناه سابقا فى رأى الأستاذ الزرقا ، والدكتور السنهورى ، وأثبته فى مواضع أخر بعبارات صريحة ، ولكنه اعتبره من الغرر المغتفر معتمدا فى ذلك على أن الغرر المانع من جواز المعاملة هو ما أدى إلى نزاع ، والغرر الذى فى عقد التأمين لايؤدى إلى نزاع، بدليل أن الناس تعاملوا به وشاع بينهم وانتشر ، « ومايظن أن الناس يتعارفون عقدا يحوى غررا يؤدى إلى نزاعهم ، ثم يشيع بينهم ولا يتركونه ، إذا المقبول أنهم إذا تعاملوا به فتنازعوا تركوه »[2]

وكون الغرر الذى فى التأمين لايؤدى إلى نزاع أمر غير مسلم ، فان كثيرا من الحالات التى يطالب فيها المؤمن له بالتعويض لاتمر من غير نزاع واتهام

---

(١) التأمين للاستاذ على الخفيف ٨ ــ ٩ بحث مطبوع على الآلة الكاتبة

(٢) المصدر السابق : ١٨

للمؤمن له بأنه افتعل الحادث ليحصل على المبلغ المؤمن به[1] .

وما أظن أن استمرار الناس فى التعامل بعقد من العقود دليل على أن ذلك العقد لا يؤدى إلى نزاع بينهم ، فقد تعارف الناس الميسر ، ولم يتركوه حتى جاء الإسلام فحرمه ، وتعارفوا بيع الثمار قبل بدو صلاحها ، مع أنه كان سببا للنزاع ، ولم يتركوه حتى نهاهم الرسول صلى الله عليه وسلم عنه ، فشيوع التأمين وانتشاره لايعنى أن الغرر الذى فيه لايؤدى إلى نزاع ؛ لأن هناك عوامل أخر تساعد على انتشاره وتشجعه .

هذا وقد استشهد الأستاذ الخفيف على أن الغرر الذى فى التأمين غير مؤثر بأن هناك عقودا «جوزها كثير من الفقهاء مع أن ما فيها من الغرر أكثر من الغرر الذى فى عقد التامين ، كبيع ما فى هذا الصندوق دون أن يعلم المشترى ما فيه ، وكدخول الحمام نظير أجر معين دون أن يتحدد مقدار ما سيستعمل من الماء ، وما يقضى فيه من الزمن ، وكبيع السلم وهو بيع لمعدوم لايتصور أن يسلم من الغرر ، وكبيع الثمر قبل بدو صلاحه وكأجارة الأجير نظير كسوته وطعامه »[2] .

---

(١) من الجرائم الفظيعة التى كان التأمين سببا فيها ما نشرته جريدة « الجمهورية » فى عددها الصادر يوم الأحد ٢٤ من يناير سنة ١٩٦٠ من « أن البوليس الأمريكى قبض على الدكتور روبرت سيرص ٦٥ سنة ، وكان الاعتقاد السائد أنه قتل منذ شهرين فى حادث طائرة . كان الطبيب قد حجز لنفسه مكانا فى هذه الطائرة ، ولكنه أقنع فى آخر لحظة صديقا له بالسفر بدلا منه ، واختفى وسقطت الطائرة وقتل ركابها جميعا وعددهم ٤٢ وتبين أنه كان قد أمن على حياته بمبلغ ٣٧٧٠٠ دولارات لصالح أولاده قبل سقوط الطائرة بعشرة أسابيع ، اتهمه البوليس بنسف الطائرة للحصول على التأمين »

(٢) المصدر السابق : ٢٠ .

فأما « بيع ما فى هذا الصندوق » فإنى أوافق على أن ما فيه من غرر لا يقل عن الغرر الذى فى عقد التأمين ، لأنه بيع مع جهالة جنس المبيع ، ولكنى لا أوافق على أنه قد جوزه كثير من الفقهاء ، بل إنى لا أعلم فقيها واحدا جوزه على أنه عقد ملزم للطرفين ،[1] والذى أعرفه هو أن بعض فقهاء الحنفية والزيدية يجوزه ، لأن الجهالة التى فيه يرفعها خيار الرؤية الثابت للمشترى، كما أعرف فى مذهب المالكية قولا بجوازه إذا نص فى العقد على أن للمشترى خيار الرؤية[2]

وأما دخول الحمام نظير أجر فلا أعتقد أن هناك وجها لمقارنة جهالة مقدار الماء والزمن فى هذا العقد ، بجهالة مقدار المبلغ الذى يدفعه المؤمن له ، أو المبلغ الذى يأخذه من المؤمن فى عقد التأمين ، ومثل هذا يقال عن إجارة الأجير نظير كسوته وطعامه ، فالمؤمن له قد يدفع مائة ويأخذ ألفا ، وقد يدفع ألفا ولا يأخذ شيئا ، فكيف يقال إن هذا الغرر أقل من الغرر الناشىء عن عدم تحديد الماء المستعمل فى الحمام ، أو الطعام الذى يأكله الأجير .

وأما بيع السلم فقد بينا أنه من بيع المعدوم الذى لا غرر فيه[3] ، وأستاذنا الخفيف قد قرر هذا فى دروسه وكتبه[4] .

---

(١) استشهد الأستاذ الزرقا بهذا المثال أيضا ، وصرح بأنه عقد ملزم للطرفين ، ونسب هذا القول للحنفية ، أسبوع الفقه الإسلامى ٤٠٦ وهذا قول فى منتهى الغرابة

(٢) راجع ص ١٦٧ و ١٦٨ و ٤١٦ – ٤٢٢

(٣) راجع ص ٤٥٠

(٤) انظر أحكام المعاملات الشرعية ٢٦٧ و ٢٦٨

وأما بيع الثمر قبل بدو صلاحه فلعله ورد سهوا فى هذا المقام ؛ لأنه من البيوع الممنوعة بالنص التى لم يقل أحد بجوازها جوازاً مطلقاً.

هذا ومما يلفت النظر استشهاد أستاذنا الخفيف على جواز التأمين برأى بعض المالكية فى البيع بالنفقة على البائع مدة حياته فقد قال ما نصه : « وعلى هذا يرى أن منع التأمين لما فيه من الغرر أو الجهالة لا يقوم على أساس، ويؤيد ذلك أنا قد وجدنا من فقهاء المالكية من يجيز اتفاقا يشبه عقد التأمين تمام الشبه ويحوى كثيرا من الغرر لا يحويه عقد التأمين ، فقد جاء فى شرح المنتقى على موطأ مالك للباجى (٥:٤٢) : « ومن دفع إلى رجل داره على أن ينفق عليه حياته ، روى ابن المواز عن أشهب قال: لا أحب ذلك ولا أفسخه إن وقع ، وقال أصبغ : هو حرام ؛ لأن حياته مجهولة ويفسخ ، وقال ابن القاسم عن مالك : لا يجوز إذا قال : على أن ينفق عليه حياته » فنرى من ذلك أن أشهب أجاز هذا الاتفاق مع الكراهة ، وأن مالكا قيد عدم جوازه بجهالة مدة الإنفاق ، وهى مدة الحياة ، ومقتضى ذلك أنه إذا تم الاتفاق على أن ينفق عليه مدة معينة صح عنده مع ما فى ذلك من الغرر ، وعليه فلو عرض عقد التأمين على مالك لذهب إلى تجويزه بناء على ذلك[1] » .

هذه المسألة التى أيد بها أستاذنا الخفيف جواز التأمين سبق أن أيدت بها عدم جوازه فى بحثى عن حكم عقد التأمين فى الشريعة الإسلامية فقلت : « وقد أورد الباجى فى أثناء كلامه عن بيع الغرر مسألة توافق صورة من صور التأمين على الحياة تعرف فى اصطلاح علماء القانون « بالتأمين لحال البقاء براتب عمرى»

---

(١) عقد التأمين للأستاذ الخفيف : ٢١

وهو أن يتعهد المؤمن بدفع إيراد لمدى الحياة نظير مبلغ متجمد يدفعه له المستأمن»
ثم ذكرت نص المسألة وقلت بعد ذلك : «فهذه الصورة من صور التأمين غير جائزة عند هؤلاء الفقهاء ، لما فيها من غرر ، ويفسخ العقد إن وقع إلا عند أشهب فإنه لا يفسخ العقد مع منعه له ابتداء» (١) .

واضح من هذا أنني أتفق مع أستاذنا الخفيف فى أن هذه المسألة التى ذكرها الباجى تشبه عقد التأمين تمام الشبه ، وأختلف معه فى نقطتين أساسيتين الأولى قوله : إن أشهب أجاز هذا الاتفاق مع الكراهة ، فإنى أرى أن أشهب يمنعه ، ومرد هذا الاختلاف إلى فهم عبارة أشهب « لا أحب ذلك » فالأستاذ الخفيف فسرها بالكراهة على المعنى الاصطلاحى عند الفقهاء ، وفسرتها أنا بعدم الجواز ، ويؤيد تفسيرى لها قول أشهب :« ولا أفسخه إن وقع » ، لأن هذه العبارة لا يكون لها محل إذا فسرنا « لا أحبه » بالكراهة التى لا تمنع الجواز ، فالفسخ لا يكون إلا فى العقد الممنوع والتعبير عن الحرمة « بلا أحبه » « وأكرهه » شائع ومألوف فى كلام السلف من الفقهاء (٢) .

النقطة الثانية التى أختلف فيها مع أستاذنا الجليل هى قوله : « فلو عرض عقد التأمين على مالك لذهب إلى تجويزه بناء على ذلك » ، فإنى أرى عكس ذلك تماما ، لأن الإمام مالكا لا يجوز هذا الاتفاق إذا كانت مدة الاتفاق مجهولة ، وهذه هى الصورة التى نتحدث عنها من صور عقد التأمين ، فكيف يقال :

---

(١) أسبوع الفقه الإسلامى ٤٦٣ ، وقد استشهدت بهذه المسألة على عدم جواز المرتب مدى الحياة بعوض ، انظر ص ٦٢٥ ، والواقع أن هذه المسألة تتفق اتفاقا تاما مع المرتب مدى الحياة بعوض ، لأن الملتزم بأداء المرتب فيها شخص طبيعى ، وتدخل فى عقد التأمين إذا كان الملتزم شركة تأمين .

(٢) انظر إعلام الموقعين ١ : ٣٢

إن عقد التأمين لو عرض على مالك لجوزه ؟ أما إذا كانت مدة الاتفاق معينة فالاتفاق صحيح عند مالك ، لانتفاء الغرر عنه . والاتفاق ممكن تحديده بحسب العادة ، فليس بين هذا الاتفاق وعقد التأمين شبه .

هل هناك حاجة إلى عقد التأمين ؟ :

انتهينا فى بحثنا إلى أن فى عقد التأمين غررا ، وإلى أن الغرر الذى فيه كثير جعله يوصف بأنه عقد غرر ، وبقى علينا أن ننظر : هل هناك حاجة تدعو إلى التأمين فيكون الغرر الذى فيه غير مؤثر ، أم ليست هناك حاجة إليه فيكون عقداً فاسدا ، لأنه عقد معاوضة فيه غرر كثير من غير حاجة[1] ؟

الإنسان فى هذه الحياة معرض إلى حوادث الزمن، تصيبه فى نفسه وولده وماله ، ومن مصائب الزمن ما لا يقوى الإنسان على تحملها إلا إذا استعان بغيره ، والإنسان منذ وجوده على هذه الأرض شعر بالحاجة إلى التعاون مع بنى جنسه ، للتغلب على الكوارث التى تنزل به ، وقد استجاب الإنسان إلى هذه الحاجة فى صور وأشكال مختلفة من التعاون، اختلفت باختلاف العصور والبيئات ، وقد نشأ نظام التأمين نتيجة لهذه الحاجة إلى التعاون ، وكان فى بدايته تعاونا صرفا ، لا شائبة فيه لعمل تجارى يرتجى من ورائه الربح ، كما بينا ، ثم تحول إلى عمل تجارى تولته شركات التأمين التى تسعى إلى تحقيق الربح لأعضائها ، والتى تبرم عقودا فردية مع كل طالب تأمين ، فلم يعد بين المؤمن لهم تلك الصلة الطيبة التى تجعلهم يشعرون بالتعاون مع بعضهم بعضا ، ويحافظون

---

(١) بينا فى بحث سابق الفرق بين الحاجة والضرورة ، انظر ص ٦٠٠ ومن ذلك البيان يتضح أن الضرورة لا يتصور وجودها فى عقد التأمين لا بالنسبة للمؤمن ولا بالنسبة للمؤمن له ، ولهذا قصرنا البحث هنا على الحاجة .

على أموال الشركة محافظتهم على أموالهم الخاصة ، كما أن شركة التأمين لا تلقى بالا للتعاون بين المستأمنين ، وجميع الطرق والوسائل العلمية التى تنظم بها الشركة عملية التأمين لا تقصد منها إلا تجنب الخسارة ،وتحقيق أكبر قدر ممكن من الربح،غيرملاحظة فى ذلك مصلحة المؤمن لهم ، إلا بالقدر الذى تلاحظه أية شركة تجارية مع عملائها ، وقد أصبح الآن أكثر الذين يتعاملون مع شركات التأمين ينظرون إليها على أنها شركات استغلالية ، همها الأول هو الربح، ولعلنا لا نعدو الحقيقة إذا قلنا إن شركات التأمين هى أكثر الشركات ربحا واستغلالا لحاجة من يتعامل معها .

وعلى الرغم من هذا فإن شركات التأمين آخذة فى النمو والزيادة،والناس على اختلاف طبقاتهم مقبلون عليها ، وما ذاك إلا لحاجتهم إلى التعامل مع هذه الشركات ، لأنها تحقق لهم الأمن والطمأنينة بضمانها لهم تعويضا ماديا عما تأتى به نوائب الدهر ، وإن كانت لا تحقق لهم شيئا من الشعور بالتعاون على عمل من أعمال البر ، وما يقوله بعض الباحثين من أن شركة التأمين ما هى إلا منظم للتعاون بين المستأمنين ، فيه تجاهل للواقع المحسوس الذى يلمسه كل من يتعامل مع شركات التأمين .

هل حاجة الناس الى التعامل مع شركات التامين تجعل الغرر الذى فى عقد التأمين غير مؤثر ؟

سبق أن بينا أن مجرد وجود الحاجة إلى عقد من عقود الغرر لا يكفى لاعتبار الغرر الذى فيه غير مؤثر ، وإنما يشترط أن تكون الحاجة عامة أو خاصة ، وأن يكون ذلك العقد متعينا لسد تلك الحاجة ، بحيث لو أمكن سد الحاجة عن طريق عقد لا غرر فيه ، فإنه لا يصح اللجوء إلى العقد الذى فيه غرر [1] .

---

(١) راجع ص ٦٠٤ ـ ٦٠٦

وأرى أن الحاجة إلى التأمين حاجة عامة ، فإن كل إنسان فى حاجة إلى نظام يكفل له من الأمن والطمأنينة ما يستطيع البشر تحقيقه ، ولا سيما فى هذا العصر الذى كثرت فيه مطالب الحياة ومتاعبها ، وامتلأ بالكوارث والمفاجآت ، والتأمين ، سواء كان تأمينا تعاونيا ، أو تأمينا بقسط ثابت ، يسد هذه الحاجة ، وقد رأينا أن التأمين التعاونى لا شبهة فى جوازه ، وأنه يتفق مع دعوة الإسلام إلى التعاون وتفريج كرب المكروبين ، ولذا فإنى أرى أن الحاجة إلى التأمين بقسط ثابت في صورته الحاضرة وإن كانت عامة ، إلا أنها غير متعينة ، وعلى هذا فإن قواعد الفقه الإسلامى تقضى بمنعه ؛ لأنه عقد معاوضة فيه غرر كثير من غير حاجة ، إذ من الممكن أن نحتفظ بعقد التأمين فى جوهره ونستفيد بكل مزاياه مع التمسك بقواعد الفقه الإسلامى ، وذلك بإبعاد الوسيط الذى يسعى إلى الربح ، وجعل التأمين كله تأمينا تعاونيا ، وأرى أن خير وسيلة إلى ذلك هى أن تتولى الحكومات فى البلاد الإسلامية أمر التأمين بكافة أنواعه ، فتجعل له منظمة خاصة تشرف عليه ، على أن يكون المعنى التعاونى بارزاً فيه بروزا واضحا ، وذلك بالنص صراحة فى عقد التأمين على أن المبالغ التى يدفعها المشترك تكون تبرعا منه للشركة ، يعان منها من يحتاج إلى المعونة من المشتركين حسب النظام المتفق عليه .

هذا بالنسبة للتأمين بين أفراد الدولة الواحدة ، فما حكم تعامل الدولة نفسها مع شركات التأمين العالمية ؟ .

إذا طبقت كل دولة إسلامية نظام التأمين الذى يتفق مع تعاليم الإسلام فى داخلها ، فلن يصعب على هذه الدول أن تتفق على نظام مماثل فيما بينها ، تستغنى به عن التعامل مع شركات التأمين الأجنبية التى لا تلتزم بتعاليم الإسلام .

الخاتمة

وبعد ، فقد فرغت بتوفيق الله وعونه مما أردت تفصيله ، وبقى على أن أختم الرسالة ببيان أهم ماجاء فيها فى النقاط الموجزة الآتية :

١ — بحثت فى التمهيد نصوص القرآن والسنة الواردة فى حرية التعاقد ، وانتهيت إلى أن حرية التعاقد هى الأصل فى الشريعة الإسلامية ، وإلى أن القيود التى تحد منها هى نواهى الشارع وحدها ، وإلى أن الغرر أحد تلك القيود المتفق عليها ، ثم بينت رأى ابن حزم القائل بأن الأصل فى العقود والشروط المنع ، إلا ما ورد نص بجوازه ، ودفعت ما احتج به ، واستعرضت بعد ذلك الأطوار التى مر بها مبدأ سلطان الإرادة فى القانون ، وانتهيت إلى أن ما استقر عليه المبدأ فى القرن العشرين يتفق فى جملته مع ماقرره القرآن والسنة فى القرن السابع ، غير أنى رأيت أن أثر الغرر على سلطان الإرادة فى الفقه الإسلامى أقوى بكثير من أثره عليه فى القانون ؛ لأن تحريم عقود الغرر من حق الله الذى لايجوز للعبد إسقاطه فى الفقه الإسلامى ، أما فى القانون فإن أكثر عقود الغرر تخرج عن دائرة النظام العام والآداب . فلا مانع فى القانون من التعاقد على ما فيه غرر ، ولو ورد نص بمنعه ، إلا فى مسائل قليلة اعتبرها القانون مخالفة للنظام العام والآداب .

٢ — استعرضت فى الباب الأول من القسم الأول من الرسالة تعريفات الغرر عند الفقهاء ، واخترت من بينها التعريف الآتى : «الغرر ما كان مستور العاقبة» ، ثم وضحت الفرق بين الغرر وثلاث كلمات تشتبه به هى : الغرور ، والجهالة ، والقمار ، ونبهت إلى استعمال بعض الفقهاء كلمة الغرر مكان الغرور ، وبينت أن الغرر أعم من الجهالة والقمار ، وعارضت الرأى القائل بأن الغرر من القمار ، ثم ذكرت

تعريف عقد الغرر فى القانون ، و بينت أن تعريف فقهاء القانون للغرر أخص من التعريف الذى اخترته .

٣ — فى الباب الثانى المتعلق بالنصوص الواردة فى الغرر بينت أن القرآن لم يرد فيه نص خاص فى حكم الغرر ، أو فى حكم جزئية من جزئياته ، ولكن ورد فيه حكم تدخل تحته جميع الأحكام الجزئية التى ذكرها الفقهاء فى الغرر المنهى عنه هو : « تحريم أكل المال بالباطل » ومن ثم تعرضت للآيات التى تنهى عن أكل المال بالباطل وشرحتها شرحا لايخلو من جديد ، ثم بينت أن أحكام الغرر وضحتها السنة ، وأن من الأحاديث ما تناول حكم الغرر بصفة عامة ، ومنها ما تناول حكم بعض جزئياته ، وبحثت أحاديث النوع الأول ، فوجدتها كلها تتفق فى قول الصحابى ، راوى الحديث : « نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر » فبينت ما يدل عليه قول الصحابى : « نهى النبى عن كذا » هل يدل على العموم أم لا ؟ كما بينت آراء الفقهاء فى حكم العقد المنهى عنه ، وانتهيت إلى أن الأحاديث تدل على تحريم بيع الغرر وفساده ، وعلى شمول التحريم والفساد لكل بيوع الغرر .

٤ — فى القسم الثانى من الرسالة تكلمت عن أثر الغرر فى العقود والشروط ، ومهدت له بتقسيم الغرر إلى أقسام ؛ لتكون أصولا ترد إليها جميع فروع الغرر ، ورأيت أن الغرر يكون إما فى صيغة العقد ، وإما فى محله ، وأن الغرر فى الصيغة يشمل : ١ — بيعتين فى بيعة ، وصفقتين فى صفقة . ٢ — بيع العربان ٣ — بيع الحصاة ٤ — بيع المنابذة ٥ — بيع الملامسة ٦ — العقد المعلق ، والعقد المضاف .

أما الغرر فى محل العقد ، وهو القسم الأكبر ، فينحصر فى تسعة أقسام

هى : ١ ـ الجهل بذات المحل ٢ ـ الجهل بجنس المحل ٣ ـ الجهل بنوع المحل . ٤ ـ الجهل بصفة المحل . ٥ ـ الجهل بمقدار المحل . ٦ ـ الجهل بأجل المحل. ٧ ـ عدم القدرة على تسليم المحل . ٨ ـ التعاقد على المعدوم . ٩ ـ عدم رؤية المحل .

٥ ـ فى الباب الأول من هذا القسم تحدثت عن أثر الغرر فى عقد البيع على أساس التقسيم السابق للغرر ، وبحثت أهم ما يندرج تحت كل قسم من فروع ، لا سيما الفروع التى وردت فيها نصوص من السنة مع العناية بتحقيق الأحاديث .

فتكلمت عن الغرر فى صيغة عقد البيع ، وبحثت أهم تطبيقاته. فتحدثت عن « بيعتين فى بيعة » ، وحققت معناها والفرق بينها وبين صفقتين فى صفقة كما تحدثت عن تعدد الصفقة فى القانون الرومانى ، وانتهيت إلى أن مسلك الفقه الإسلامى فى تقريره لمبدإ منع تعدد الصفقة ، يحقق استقرار المعاملات ، وهو فى نفس الوقت ، لا يحول دون التطور المنشود للمعاملات .

ثم تحدثت عن بيع العربون ، فحققت تكييف هذا البيع فى الفقه الإسلامى وبينت الفرق بينه وبين التكييف القانونى ، كما بينت حكم بيع العربون فى الفقه الإسلامى ، ورجحت الرأى القائل بالمنع ، وقد اقتضانى البحث أن أحقق رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، وهو راوى حديث النهى عن بيع العربون .

وتناولت بالبحث بيع الحصاة ، والملامسة ، والمنابذة ،وهى من بيوع الغرر التى كان الناس يتعاملون بها فى الجاهلية ؛ فنهى عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فبينت معناها ، وحكمها عند المحدثين والفقهاء ، ورأيت أن ما ذهب إليه

الإمام مالك ، من اعتبار بيع الثوب المدرج فى جرابه من بيع الملامسة ، لا ينطبق على بيع الثياب فى زماننا ، كما انتهيت إلى أن تحديد الصورة التى ورد النهى عنها فى كل من هذه البيوع أمر غير ميسور ، ثم بينت فائدة البحث عن هذه البيوع الجاهلية .

وفى الكلام عن العقد المعلق والعقد المضاف حققت المعنى الاصطلاحى للتعليق، وانتهيت إلى أن المدار فى اعتبار العقد معلقا ، عند أكثر الفقهاء ، هو أن يربط بين المعلق والمعلق عليه بأداة من أدوات التعليق ، من غير نظر إلى كون المعلق عليه محتمل الحصول ، أو محقق الحصول ، ثم بينت حكم البيع المعلق عند الفقهاء ، وانتهيت إلى منع تعليق البيع ، إلا إذا كان هناك غرض صحيح من التعليق ، ثم تحدثت عن العقد المضاف ، وبينت أن الغالب فى المضاف إليه أن يكون محقق الحصول، وقد يكون محتمل الحصول أحيانا ، على عكس المعلق عليه فى التعليق ، كما بينت أن الغرر فى التعليق أظهر منه فى الإضافة .

٦ ـ ثم تكلمت عن الغرر فى محل العقد، فبدأت بالجهل بذات المحل ، وبحثت فيه خيار التعيين فى المذاهب المختلفة، وفى القانون المصرى، وبينت الفرق بينهما ، ووضحت أن مسلك الفقه الإسلامى هو الذى يتفق مع الغالب فى الحياة العملية .

٧ ـ كما تكلمت عن الجهل بجنس المحل ، وبينت فيه أن للمالكية رأيا بجواز بيع مجهول الجنس مع اشتراط خيار الرؤية ، كما حققت ما ورد فى بعض كتب الحنفية من جواز بيع المرء ما فى كمه .

٨ ـ وبعد ذلك تكلمت عن الجهل بنوع المحل ، وبينت أن جهالة النوع تمنع صحة البيع كجهالة الجنس ، ولاحظت فيه أن كتب الحنفية ليس فيها كلام

صريح عن النوع ، وأنهم كثيرا ما يستعملون الوصف مكان النوع .

٩ - ثم بحثت الجهل بصفة المحل ، وبينت فيه أن أكثر الفقهاء يشترطون ذكر صفة المحل لصحة البيع ، وحققت مذهب الحنفية فى هذا الموضوع ، ولخصت رأى الشرنبلالى من رسالته «نفيس المتجر بشراء الدرر» ، ثم بحثت بعض البيوع الممنوعة للجهل بصفة المحل ، فتكلمت عن بيع الحمل ، وبيع المضامين ، والملاقيح ، والمجر ، وعسب الفحل ، وحررت معانى هذه الكلمات وحققت الأحاديث الواردة فيها ، ثم تكلمت عن بيع ما يكمن فى الأرض ، وأيدت رأى من يجوزونه ، كما تكلمت عن بيع ما يختفى فى قشره ، وبينت الآراء المختلفة فى حكمه ، وخرجت منها بقاعدة هى : أن ما يضره الكسر ، وما تمكن معرفته من غير إزالة قشره يجوز بيعه وهو فى قشره ، وما لا يضره الكسر ، ولا تمكن معرفته وهو فى قشره لا يجوز بيعه ؛ لأن فى ذلك غرراً من غير حاجة .

١٠ - تكلمت بعد ذلك عن الجهل بمقدار المحل ، وبينت أن العلم بمقدار المحل شرط لصحة البيع عند جميع الفقهاء سوى الشرنبلالى من علماء الحنفية ، كما بينت رأى القانون ، ثم بحثت بعض البيوع التى فيها غرر من جهة الجهل بمقدار المبيع فتكلمت عن المزابنة ، وبينت معناها من الأحاديث ، ووضحت أن الفقهاء توسعوا فى تفسيرها بأكثر مما تدل عليه الأحاديث ، وأتبعت ذلك بالكلام عن العرايا مبينا معناها وحكمها من الأحاديث ، ومن أقوال الفقهاء ، وانتهيت إلى أن العرية هى النخلة الموهوب ثمرها ، وإلى أن بيع العرية المرخص فيه هو : أن يبيع صاحب العرية ثمرها وهو على نخلته بخرصه تمراً أو رطباً على ألا يزيد على خمسة أوسق ، يبيعه لمن يشاء ، لمن يأكله رطباً ولغيره ، ثم

تكلمت عن المحاقلة ، والجزاف ، وبيع ضربة الغائص ، وبيع الصوف على ظهر البهيمة ، وبيع اللبن فى الضرع ، ووضحت مذهب المالكية فى جواز بيع اللبن فى الضرع ، ورجحته على رأى الجمهور .

ثم تكلمت عن جهالة مقدار الثمن ، فبحثت البيع بغير ذكر ثمن ، والبيع بسعر السوق ، والبيع بحكم أحد المتعاقدين أو بحكم أجنبى ، وبيع التولية ، والمرابحة ، والوضيعة ، والبيع بربح نسبة فى المائة ، والبيع بسعر الوحدة ، وبينت آراء الفقهاء فى كل ذلك ، وقارنته بالقانون الوضعى .

١١ — ثم تكلمت عن الجهل بالأجل ، وبحثت فيه بيع حبل الحبلة ، وبينت أنه من البيوع الممنوعة لما فيها من الغرر الناشىء عن جهالة الأجل ، ثم وضحت آراء الفقهاء فى أثر جهالة الأجل على صحة البيع ، وانتهيت إلى أن الفقهاء متفقون على أن الجهالة التى ترجع إلى وجود الأجل ، وهى ما يسميها الحنفية بالجهالة الفاحشة مفسدة للبيع ، أما الجهالة التى ترجع إلى وقت حصول الأجل وهى ما يسميها الحنفية بالجهالة اليسيرة ، فأكثرهم على أنها مفسدة للبيع أيضا ، وقال المالكية : لا تفسده ، ورجحت رأى المالكية فى هذا ، كما رجحت رأى الظاهرية فى جواز التأجيل إلى الميسرة . ثم بينت أن القانون لا يشترط العلم بالأجل لصحة البيع ، وتكلمت عن التأجيل إلى الميسرة فى القانون ، وقارنته بمذهب الظاهرية .

١٢ — انتقلت بعد ذلك إلى الكلام عن عدم القدرة على تسليم المحل ، فبينت رأى الجمهور فى اشتراط القدرة على التسليم لصحة البيع ، وخلاف الظاهرية فى ذلك ، ثم بحثت بعض البيوع التى فيها غرر ناشىء عن عدم القدرة على التسليم ، فتكلمت عن بيع الآبق ، وبيع السمك فى الماء ، والطير فى الهواء ، وبيع الدين ، وبيع الإنسان ما ليس عنده ، وبيع ما لم يقبض ، وبيع المغصوب . وانتهيت إلى أن بيع الدين جائز ، وإلى أن بيع السندات جائز أيضا ما دام البيع خاليا عن الربا ، كما انتهيت إلى أن عدم جواز بيع الإنسان ما ليس عنده

خاص بالبيع المدخول فيه على تسليم المبيع فى الحال ، وعلى هذا فلا يدخل فيه بيع الاستيراد . وحققت أحاديث النهى عن بيع الطعام قبل قبضه ، وبينت الأحكام التى تستفاد منها ، ورأيت أن النهى يتناول الطعام وغيره ، منقولا كان أو عقاراً ، وأن النهى خاص فيما ملك بالشراء وحده،ولا يتناول ماملك بأسباب التملك الأخرى .

ثم استخلصت من بحث عدم القدرة على التسليم الحقائق الآتية :

(١) ليس كل ما لا يقدر على تسليمه فيه غرر .

(٢) القدرة على التسليم عند الحنفية قد تكون شرط انعقاد ، وقد تكون شرط صحة ، وقد تكون شرط نفاذ .

(٣) الأصل أن تكون القدرة على التسليم متحققة عند العقد ، ولكن قد يكفى إمكان تحققها بعد العقد أحيانا .

(٤) قدرة المشترى وحده على التسلم تكفى لصحة البيع ، ولو كان البائع عاجزاً عن التسليم عند كثير من الفقهاء .

(٥) القدرة على التسليم فى الفقه الإسلامى أعم من إمكان المحل فى القانون.

١٣ ـ ثم تكلمت عن التعاقد على المعدوم ، وبينت فيه أن الغرر يأتى من الجهل بوجود المحل لا من كونه معدوما ، ودفعت حجج من يمنع بيع كل معدوم ، ووضحت أنه ليس فيما استدلوا به ما يفيد أن بيع المعدوم لا يجوز على الإطلاق ، وإن كان فيها النهى عن بيع بعض المعدوم ، وانتهيت إلى أن القاعدة التى ينبغى اتباعها فى بيع المعدوم هى : أن كل معدوم مجهول الوجود فى المستقبل لا يجوز بيعه ، وأن كل معدوم محقق الوجود فى المستقبل بحسب العادة يجوز بيعه .

ثم أوردت بعد ذلك تطبيقات لبيع المعدوم ، فتكلمت بالتفصيل عن بيع الثمار ، وحققت الأحاديث الواردة فيه ، وأخذت منها أن بيع ثمر الشجرة ، أو الحديقة لعام أو لأعوام مقبلة لا يجوز ، وأن بيع الثمر قبل بدو صلاحه على أن يترك فى الشجرة إلى أن ينضج لا يجوز أيضا ، وأن علة النهى هى خوف هلاك الثمر بسبب العاهة ، وما يترتب على الهلاك من خصومات وأكل للمال بالباطل وبنيت على هذا التعليل أنه لو كان هناك نوع من الثمار لا تصيبه العاهة فلا بأس من بيعه قبل بدو صلاحه ، وكذلك إذا كانت العاهة تندر فى بلد من البلاد بسبب طبيعة ذلك البلد، أو بسبب التغلب على العاهات بالطرق العلمية ، فلا حرج من بيع ثمار ذلك البلد قبل بدو صلاحها ، كما أخذت من الأحاديث أن بيع الثمر بعد بدو صلاحه جائز سواء كان بشرط القطع أو بشرط الترك ، أو على الإطلاق . ثم وضحت آراء الفقهاء فى الموضوع ، وأشرت إلى أن ما نسب إلى عمر بن الخطاب من أنه يجيز بيع الثمار سنين غير مقبول ، وإلى أن ما نسبه بعضهم إلى محمد بن الحسن من تجويز بيع الثمر قبل بدو صلاحه بشرط الترك ، إذا تناهى عظمه ، غير صحيح .

ثم تكلمت عن بيع الثمر والزرع الذى يوجد بعضه بعد بعض ، وبينت أن جمهور الفقهاء لا يجوز عندهم بيع ما لم يوجد من الثمر مع ما وجد وبدا صلاحه فلا يباع البطيخ ونحوه عندهم إلا لقطة لقطة ، وأن المالكية والشيعة الإمامية وبعض مشايخ الحنفية يجوزون بيع ما لم يظهر من الثمر مع ما ظهر وبدا صلاحه وعرضت حجج كل فريق ، وانتهيت إلى ترجيح رأى المجوزين .

تكلمت بعد ذلك عن بيع الأشياء المستقبلة فى القانون وقارنته بالفقه وانتهيت إلى ترجيح رأى الفقه على القانون .

١٤ — وختمت الباب بالكلام عن الغرر الناشىء عن عدم رؤية المحل ،

وبحثت فيه بيع العين الغائبة، وبينت أن الأحاديث المروية فى بيع الغائب لا تصلح حجة فى الموضوع ، ووضحت رأى المانعين لبيع الغائب ، ونقضت أدلتهم . ثم فصلت آراء المجوزين ، فتكلمت عن بيع العين الغائبة على الصفة ، وبيعها على الرؤية المتقدمة ، وبيعها من غير صفة ، ولا رؤية متقدمة ، ورجحت الرأى القائل بأن من اشترى عينا غائبة على الصفة ، أو على الرؤية المتقدمة ، فله الخيار إذا لم يجدها على ما رآها عليه ، أو على ما وصفت له ، أما لو وجدها على صفتها فلا خيار له ، ثم قارنت بين الفقه الإسلامى والقانون ، وبينت أن أهم ما يختلف فيه القانون عن الفقه هو أن القانون يجوز بيع العين الغائبة من غير رؤية ، وما يقوم مقامها على اللزوم ، فى حين أن الفقهاء مجمعون على فساد هذا البيع لما فيه من الغرر الكثير .

١٥ — وفى الباب الثانى من القسم الثانى بحثت أثر الغرر فى غير عقد البيع ، فتكلمت عن أثر الغرر فى عقود المعاوضات المالية ، وبينت أنه يؤثر فيها كلها قياساً على عقد البيع ، وأوردت تطبيقات لهذا ، فتكلمت عن السلم ، والاستصناع ، والإجارة ، والشركة ، وبينت أن السلم عند الحنفية ليس من بيع المعدوم ، وإنما هو من بيع ما ليس مملوكا للبائع ، ورأيت جواز تأجيل رأس مال السلم ، ورجحت رأى الجمهور فى اشتراط أن يكون المسلم فيه مؤجلا ، ورددت رأى الشافعية فى جواز السلم الحال ، وبينت أن فى اشتراط التأجيل تخفيفا للغرر . وفى الكلام عن الاستصناع بينت أنه لا غرر فى أصل هذا العقد ، وإنما يدخله الغرر كما يدخل عقد البيع ، ثم قارنت بين بعض أحكام عقد الاستصناع فى القانون ، وفى الفقه الإسلامى .

١٦ — وفى مبحث الإجارة بينت أن الغرر يؤثر فيها كما يؤثر فى البيع ، ثم حققت آراء الفقهاء فى حكم إجارة الأرض للزراعة ، وانتهيت إلى أن إجارة الأرض جائزة سواء أكانت بالنقود أم بنسبة معينة مما يخرج منها ، وهى المزارعة ، وأن الإجارة الممنوعة هى ما كانت الأجرة فيها ما ينبته جزء معين من الأرض المستأجرة ، أو كانت الأجرة فيها نسبة معينة على أن يكون لصاحب الأرض نصيب مستثنى لا يشاركه فيه المستأجر . وحققت آراء الفقهاء أيضا فى حكم إجارة الأرض والشجر معا ، ورأيت جواز ذلك إذا كان الشجر قليلا ، أما إذا كان الشجر كثيرا فالأولى عندى المساقاة على الشجر والمزارعة فى الأرض ، كما حققت آراءهم فى حكم الإجارة التى يكون المستحق فيها عينا ، كإجارة الظئر ، وإجارة الغنم للبن ، ورأيت أن مالا يمكن التعاقد عليه من الأعيان التى ينتفع بها مع بقاء أصلها ، بطريق البيع ، يلحق بالمنافع وتصح إجارته ، وذلك كلبن الظئر ، أما ما يمكن بيعه من الأعيان التى ينتفع بها مع بقاء أصلها : كلبن الغنم ، وصوفها ، فلا يلحق بالمنافع ، ولا تجوز إجارته .

ثم تكلمت عن الجعالة ، وفصلت مذاهب العلماء فيها ، وبينت أن الذين يجوزونها يقولون إنها فى القياس غرر ؛ لما فيها من جهالة العمل ، وجهالة الأجل ، وإنما جازت استثناء للحاجة إليها ، وقارنت بين الجعالة فى الفقه الإسلامى ، والوعد بجائزة فى القانون .

١٧ — وفى الكلام عن الشركة بينت أنواع الشركات ، وما يجوز منها وما لا يجوز ، وفصلت القول فى المضاربة ، فبينت أنها تجوز عند جمهور الفقهاء استثناء ، وتجوز عند ابن تيمية قياسا ، ثم ذكرت الشروط التى اشترطها الفقهاء فى المضاربة والتى من شأنها أن تباعد بين هذا العقد ، وعقود الغرر .

١٨ — ثم تكلمت عن أثر الغرر فى عقود التبرعات ، وقررت أن جميع المذاهب تجعل للغرر أثراً على عقود التبرعات ماعدا المذهب المالكى ، فإن الغرر فيه لا يؤثر على عقود التبرعات ، وأيدت ذلك ببيان آراء الفقهاء فى أثر الغرر على الهبة والوصية .

وفى مبحث الهبة تكلمت عن رأى القانون فى هبة المال المستقبل ، وما ترتب عليه من عدم انسجام فى أحكام القانون .

وفى مبحث الوصية قررت أن جميع الفقهاء يغتفرون فى الوصية من الغرر مالا يغتفرونه فى البيع ، وأن الإباضية أكثر الفقهاء تشدداً فى تأثير الغرر على الوصية ، ونقضت ماقرره بعض الفقهاء من أن الغرر عند الشافعية يؤثر فى عقود التبرعات كما يؤثر فى عقود المعاوضات .

١٩ — وتكلمت بعد ذلك عن أثر الغرر فى عقد الزواج ، والرهن ، والكفالة ، والوكالة ، وبينت أن المالكية وإن كانوا من أكثر الفقهاء تسامحاً فى تأثير الغرر على صحة المهر إلا أن قولهم بأن فساد المهر يفسد العقد يجعلهم من أكثرهم تشدداً فى تأثيره على صحة الزواج ، ورجحت الرأى القائل بأن فساد المهر لا يفسد عقد الزواج .

وفى الرهن بينت أن القاعدة العامة عند أكثر الفقهاء هى أن مالا يصح بيعه لا يصح رهنه ، وانتهيت إلى أن الغرر يؤثر فى الرهن كما يؤثر فى البيع عند جمهور الفقهاء ، وأن تأثير الغرر على الرهن عند المالكية أخف كثيراً من تأثيره على البيع ، ورجحت رأى المالكية على رأى الجمهور .

وفى بحث الكفالة انتهيت إلى أن أكثر الفقهاء ، وإن كانوا يجعلون

الغرر تأثيراً فى عقد الكفالة إلا أنهم يغتفرون فيـه من الغرر مالا يغتفرونه فى البيع .

وفى الوكالة بينت أن أكثر الفقهاء يجوزون الوكالة العـامة على اختلاف بينهم فيما تخوله هـذه الوكالة للوكيل من التصرفات ، كما بينت أن القـانون يحصر الوكالة العامة فى دائرة أضيق من الدائرة التى حصرها فيهـا الفقهاء . أما الوكالة الخاصة فقد اغتفر فيها الفقهاء من الغرر مالا يغتفر فى البيـع .

٢٠ — فى البـاب الثالث من القسم الثـانى تـكلمت عن أثر الغـرر فى الشروط فحصرت الغرر فى الشروط فى ثلاثة أقسام :

(١) الشرط الذى فى وجوده غرر .

(٢) الشرط الذى يحدث غررا فى صيغة العقد أو محله .

(٣) الشرط الذى يزيد من الغرر الذى فى العقد .

وأوردت فى كل قسم بعض الأمثلة التى تندرج تحته وتوضحه ، واستنتجت منها أن تأثير الغرر على الشروط أخف من تأثيره فى العقود .

٢١ — وفى القسم الثالث ، حاولت أن أخرج بنظرية للغرر ، فوضعت ضابطا للغرر المؤثر هو :

« الغرر المؤثر هو الغرر الكثير ، فى عقود المعاوضات المـالية ، إذا كان فى المعقود عليه أصالة ، ولم تدع للعقد حاجة » .

ثم فصلت ذلك فى أربعة فصول : بينت فى الفصل الأول أن الغرر المؤثر هو ما كان فى عقود المعاوضات المـالية خاصة ؛ لأنها هى وحدها التى يتحقق فيهـا المعنى الذى منع الشارع من أجله بيع الغرر .

وبينت فى الفصل الثانى أن الغرر لا يؤثر إلا إذا كان كثيراً ، وتحدثت عن ضابط الغرر الكثير ، والغرر اليسير، وانتهيت إلى أن وضع ضابط للنوعين معاً أمر غير ميسور ، ورأيت أن يترك هذان المعياران المرنان كما هما ، تحددهما الظروف والبيئات ، أو يكتفى بوضع ضابط للغرر الكثير وحده ، واخترت أن يكون الضابط هو : « الغرر الكثير ما غلب على العقد حتى أصبح العقد يوصف به » .

وفى الفصل الثالث بينت أن الغرر لا يؤثر إلا إذا كان فى المعقود عليه أصالة ، وأن الغرر فى التابع لا أثر له ، ووضحت ذلك بالأمثلة .

وبينت فى الفصل الرابع أن العقد الذى تدعو الحاجة إليه لا يؤثر فيه الغرر ، ووضحت المراد بالحاجة ، وقيدت الحاجة المعتبرة بالحاجة العامة أو الخاصة ، وبأنها لابد أن تكون متعينة ، ثم تعرضت للصلة بين الحاجة والتعامل والاستحسان ، وانتهيت إلى أن التعامل مظهر للحاجة ، وإلى أن الاستحسان يستند إلى الحاجة أو التعامل .

٢٢ — وفى القسم الرابع طبقت نظرية الغرر على بعض العقود المعاصرة ، فتكلمت عن عقود الغرر فى التقنين المصرى فى ثلاثة أبواب : تحدثت فى الباب الأول عن المقامرة والرهان من وجهة نظر القانون ، ثم من وجهة نظر الشريعة الإسلامية ، وانتهيت إلى أن المقامرة بجميع صورها ممنوعة فى الفقه الإسلامى ، وأن الرهان الممنوع هو ضرب من القمار ، وأن الاستثناءات التى جاء بها القانون لا يقرها الفقه الإسلامى ، فالرهان بين المتبارين فى الألعاب الرياضية لا يجوز فى الفقه الإسلامى ، وأوراق النصيب للأعمال الخيرية لا تجوز أيضا ، والمضاربة على فروق الأسعار فى البورصة غير جائزة كذلك .

وفى الباب الثانى تحدثت عن المرتب مدى الحياة ، وأدانا تطبيق نظرية الغرر إلى الحكم بجواز المرتب مدى الحياة إذا كان مصدره عقد تبرع ، وعدم جوازه إذا كان مصدره عقد معاوضة .

وفى الباب الثالث تكلمت عن عقد التأمين ، وانتهيت بعد تطبيق قاعدة الغرر عليه إلى أن التأمين التعاونى جائز شرعا ؛ لأن الغرر الذى فيه غير مؤثر ؛ لأنه يدخل فى عقود التبرعات ، أما التأمين بقسط ثابت ، فقد بينت أنه من عقود الغرر ، ودفعت حجة من ينفى عنه الغرر ، كما بينت أن الغرر الذى فيه من الغرر الكثير ، ودفعت أيضا حجة من يرى أن الغرر الذى فى التأمين من الغرر اليسير غير المؤثر ، ثم بينت أن الحاجة إلى التأمين ، وإن كانت عامة إلا أنها غير متعينة ، ومن ثم انتهيت إلى أن قواعد الفقه الإسلامى تقضى بمنع التأمين بقسط ثابت ، واقترحت فى كلمات موجزة البديل الذى يتفق مع قواعد الشريعة الإسلامية .

اللهم كما هديتنى إلى هذا العمل ، ووفقتنى إلى إتمامه ، اجعله عملا خالصا لوجهك الكريم ، ووفقنى إلى مواصلة السير فى طريق العاملين على خدمة كتابك وسنة نبيك الأمين ، واهدنا الصراط المستقيم صراط الذين أنعمت عليهم غير المغضوب عليهم ولا الضالين .

وصل اللهم وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

* * *

المراجع

بحسب الترتيب التاريخي

١ ـ كتب التفسير

معانى القرآن ـ يحيى بن زياد الفراء (٢٠٧ هـ) مطبعة دار الكتب المصرية « ١٣٧٤ هـ » .

تأويل مشكل القرآن ـ عبد الله بن مسلم بن قتيبة (٢٧٦هـ) ـ مطبعة البابى الحلبى « ١٣٧٣ هـ » .

جامع البيان عن تأويل آى القرآن ـ محمد بن جرير الطبرى « ٣١٠ هـ »

أحكام القرآن ـ أبو بكر أحمد بن على الرازى الجصاص (٣٧٠ هـ) ـ مطبعة الأوقاف « ١٣٣٥ هـ » .

الكشاف ـ محمود بن عمر الزمخشرى الخوارزمى (٥٣٨ هـ) ـ مطبعة الاستقامة « ١٣٧٣ هـ » .

أحكام القرآن ـ أبو بكر محمد بن عبدالله بن محمد المعروف بابن العربى (٥٤٣ هـ) ـ دار إحياء الكتب العربية « ١٣٧٦ هـ » .

مفاتيح الغيب ـ محمد فخر الدين بن ضياء الدين الرازى (٦٠٦ هـ) ـ المطبعة الخيرية « ١٣٠٨ هـ » .

الجامع لأحكام القرآن ـ محمد بن أحمد الأنصارى القرطبى (٦٧١ هـ) ـ مطبعة دار الكتب المصرية .

البحر المحيط ـ أبو عبد الله محمد بن يوسف بن حيان الأندلسى (٧٥٤هـ) مطبعة السعادة « ١٣٢٩ هـ » .

أنوار التنزيل وأسرار التأويل ـ القاضى ناصر الدين أبو سعيد عبد الله

ابن عمر بن محمد الشيرازى البيضاوى ـ « ٧٩١ هـ » .

روح المعانى ـ محمود الألوسى البغدادى (١٢٧٠ هـ) ـ إدارة الطباعة المنيرية « ١٢٦٧ هـ ».

تفسير المنار ـ رشيد رضا (١٣٥٤ هـ) ـ مطبعة المنار « ١٣٤٦ هـ » .

٢ ـ كتب السنة

الموطأ ـ مالك بن أنس (١٧٩ هـ) ـ مطبعة السعادة ـ بهامش المنتقى .

مسند الإمام الشافعى بهامش الجزء السادس من كتاب الأم ـ محمد بن إدريس الشافعى (٢٠٤ هـ) المطبعة الأميرية « ١٣٢٣ هـ » .

مسند الإمام أحمد ـ أحمد بن حنبل (٢٤١ هـ) المطبعة الميمنية «١٣١٣هـ»

مسند الإمام أحمد بشرح الأستاذ أحمد محمد شاكر ـ مطبعة دار المعارف بمصر « ١٣٧٥ ـ ١٣٧٧ هـ » .

صحيح البخارى ـ أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخارى (٢٥٦ هـ) ـ المطبعة الأميرية « ١٣١٤ هـ » .

صحيح مسلم ـ مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيرى النيسابورى (٢٦١ هـ) .

سنن ابن ماجه مع حاشية السندى ـ الإمام الحافظ محمد بن يزيد بن ماجه (٢٧٣ هـ) ـ المطبعة العلمية « ١٣١٣ هـ » .

سنن أبى داود ـ الإمام الحافظ أبو داود سليمان بن الأشعث السجستانى (٢٧٥هـ) مطبعة السعادة « ١٣٦٩ هـ » .

صحيح الترمذى بشرح ابن العربى ـ أبو عيسى محمد بن عيسى السلمى (٢٧٩هـ) المطبعة المصرية بالأزهر « ١٣٥٠ هـ » ومطبعة مصطفى الحلبى تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى .

سنن النسائى مع شرح السيوطى وحاشية السندى ـ الحافظ أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن على النسائى (٣٠٣ هـ) ـ المطبعة المصرية بالأزهر .

السنن الكبرى ـ الإمام الحافظ أحمد بن الحسين بن على البيهقى (٤٥٨ هـ) ـ مطبعة دار المعارف العثمانية بحيدر آباد « ١٣٥٤ هـ » .

المنتقى شرح الموطأ ـ سليمان بن خلف الباجى (٤٧٤هـ) مطبعة السعادة .

شرح صحيح الترمذى ـ أبو بكر محمد بن عبد الله بن العربى (٥٤٣ هـ) المطبعة المصرية بالأزهر « ١٣٥٠ » .

عمدة الأحكام ـ عبد الغنى بن عبد الواحد المقدسى (٦٠٠ هـ) ـ مطبعة السنة المحمدية .

المنتقى من أخبار المصطفى ابو البركات مجد الدين عبد السلام بن تيمية الحرانى ٦٥٣ هـ .

شرح النووى على صحيح مسلم ـ أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووى الشافعى (٦٧٦ هـ) .

إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ـ محمد بن على بن وهب بن دقيق العيد (٧٠٢ هـ) ـ مطبعة السنة المحمدية . القاهرة .

زاد المعاد فى هدى خير العباد ـ أبو عبد الله محمد بن أبى بكر المعروف بابن قيم الجوزية (٧٥١ هـ)

نصب الراية إلى تخريج أحاديث الهداية ـ محمد بن عبد الله بن يوسف الزيلعى (٧٦٢ هـ)ـ مطبعة دار المأمون .

مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ـ نور الدين على بن أبى بكر الهيثمى (٨٠٧هـ)ـ مكتبة القدس ، القاهرة « ١٣٥٣ هـ » .

فتح البارى بشرح صحيح البخارى ـ الحافظ شهاب الدين أحمد بن على ابن محمد المعروف بابن حجر العسقلانى (٨٥٢ هـ) ـ المطبعة البهية .

التلخيص الحبير فى تخريج أحاديث الرافعى الكبير ، مع المجموع ـ ابن حجر العسقلانى ـ المطبعة الأنصارية « دلهى ١٣٠٢ » .

بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام ـ ابن حجر العسقلانى ـ مطبعة البابى الحلبى (١٣٦٩هـ) مع سبل السلام .

عمدة القارى شرح صحيح البخارى ـ بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد العينى (٨٥٥ هـ) الطباعة المنيرية.

تدريب الراوى فى شرح تقريب النواوى ـ الإمام الحافظ جلال الدين عبد الرحمن بن أبى بكر السيوطى (٩١١ هـ) المطبعة الخيرية بمصر « ١٣٠٧ هـ»

اللآلىء المصنوعة فى الأحاديث الموضوعة ـ جلال الدين السيوطى (٩١١هـ) المطبعة الأدبية « ١٣١٧ هـ » .

إرشاد السارى لشرح صحيح البخارى ـ شهاب الدين أحمد بن محمد القسطلانى (٩٢٣هـ) طبع بولاق « ١٣٢٧ هـ » .

شرح الزرقانى على موطأ مالك ـ محمد بن عبد الباقى بن يوسف الزرقانى (١١٢٢ هـ) مطبعة الاستقامة بالقاهرة « ١٣٧٩ هـ » .

حاشية السندى على سنن ابن ماجه ـ الإمام أبو الحسن محمد بن عبد الهادى المعروف بالسندى (١١٣٨ هـ) المطبعة العلمية ١٣١٣ هـ .

سبل السلام شرح بلوغ المرام ـ محمد بن إسماعيل الصنعانى (١١٨٢ هـ) ـ مطبعة البابى الحلبى « ١٣٧٢ هـ » .

نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ـ الإمام محمد بن على الشوكانى (١٢٥٥هـ) مطبعة البابى الحلبى ١٣٧٢ هـ .

اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان ـ محمد فؤاد عبد الباقى ـ مطبعة عيسى البابى الحلبى ١٣٦٨ هـ .

٣ ـ كتب الفقه الإسلامى

ا ـ المذهب الحنفى :

الخراج ـ أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم (١٨٣ هـ) ـ المطبعة السلفية بمصر ١٣٥٢ هـ .

الأصل ـ أبو عبد الله محمد بن الحسن الشيبانى (١٨٩ هـ) مطبعة جامعة القاهرة ١٩٥٤ .

مختصر الطحاوى ـ أحمد بن محمد بن سلمة الأزدى الطحاوى (٣٢١ هـ) دار الكتاب العربى ١٩٥١ .

مختصر القدورى ـ أحمد بن محمد بن أحمد القدورى (٤٢٨ هـ) ـ الآستانة ١٣١٠ هـ

المبسوط ـ محمد بن أحمد بن سهل السرخسى (٤٣٨هـ) مطبعة السعادة مصر

تحفة الفقهاء ـ علاء الدين السمرقندى (٥٣٩هـ) مطبعة جامعة دمشق ١٩٥٨ .

بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ـ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاسانى (٥٨٧ هـ) مطبعة الجمالية بمصر ١٩١٠ . ط ١

الهداية مع فتح القدير ـ على بن أبى بكر بن عبد الجليل المرغينانى «٥٩٣هـ» ـ المطبعة الأميرية ١٣١٥ ط ١ .

الاختيار لتعليل المختار ـ أبو الفضل عبد الله بن محمود الموصلى ٦٨٣ هـ طبعة القاهرة «١٣٥٦هـ» .

كنز الدقائق ، بهامش البحر الرائق ـ حافظ الدين عبد الله بن أحمد بن محمود النسفى (٧١٠ هـ)

تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ـ فخر الدين عثمان بن على الزيلعى (٧٤٢هـ) المطبعة الأميرية الكبرى بولاق «١٣١٣هـ» .

الفوائد الطرسوسية أو أنفع الوسائل إلى تحرير المسائل ـ نجم الدين إبراهيم ابن على الطرسوسى (٧٥٨هـ) مطبعة الشرق بمصر ١٣٤٤ هـ .

العناية ـ بهامش فتح القدير ـ محمد بن محمد بن محمود البابرتى (٧٧٦ هـ) المطبعة الأميرية بمصر ١٣١٥ هـ

جامع الفصولين ـ ابن قاضى سماوه (٨٢٣هـ) المطبعة الأزهرية «١٣٠٠هـ»

رمز الحقائق فى شرح كنز الدقائق ـ محمود بن أحمد بن موسى بدر الدين العينى (٨٥٥ هـ) مطبعة وادى النيل «١٢٩٩هـ» .

فتح القدير ، شرح الهداية ـ كمال الدين بن الهمام (٨٦١ هـ) المطبعة الأميرية بولاق «١٣١٧ هـ»

درر الحكام شرح غرر الأحكام ـ سليمان بن عبد الله المشهور بمنلاخسرو (٨٨٥ هـ) المطبعة العامرة «١٣٠٤هـ»

حاشية على العناية والهداية ـ سعدى جلبى (٩٤٥) مطبوع على هامش فتح القدير

البحر الرائق شرح كنز الدقائق ـ زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم المصرى (٩٧٠هـ) المطبعة العلمية .

الأشباه والنظائر ـ زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم المصرى ٩٧٠ هـ ـ دار الطباعة العامرة ١٢٩٠هـ .

تنوير الأبصار مطبوع بهامش رد المحتار ـ محمد بن عبد الله بن أحمد الخطيب التمرتاشى (١٠٠٤هـ) .

غنية ذوى الأحكام فى بغية درر الحكام ، حاشية على الدرر مطبوع على هامش درر الحكام ـ حسن بن عمار بن على الشرنبلالى (١٠٦٩هـ) .

نفيس المتجر بشراء الدرر ـ مخطوط ـ حسن بن عمار الشرنبلالى .

الفتاوى الهندية ـ جماعة من علماء الهند (١٠٧٠) المطبعة الأميرية بولاق ١٣١٠ هـ

مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ـ عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المشهور بشيخ زاده ١٠٨٧ ـ دار الطباعة العامة .

الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، على هامش رد المحتار ـ إبراهيم بن أحمد بن على الحصكفى ١٠٨٨ هـ) .

رد المحتار على الدر المختار ـ محمد أمين بن عمر عابدين الشهير بابن عابدين ١٢٥٢ هـ' طبعة بولاق .

مجموعة رسائل ابن عابدين ـ محمد أمين بن عابدين ـ مطبعة دار سعادات ١٣٢٥ هـ

قرة عيون الأخبار تكملة لرد المحتار ـ محمد علاء الدين بن محمد أمين بن عمر عابدين ١٣٠٦ هـ مطبعة القاهرة ١٢٩٩ .

ب ـ المذهب المالكى :

المدونة الكبرى ـ رواية سحنون بن سعيد التنوخى عن الإمام عبد الرحمن ابن القاسم ـ مالك بن أنس الأصبحى (١٧٩) مطبعة السعادة سنة ١٣٢٣

الرسالة ـ عبد الله بن عبد الرحمن أبى زيد القيروانى (٣٨٩ هـ) مطبعة الاستقامة بالقاهرة ١٣٥٣ هـ .

المنتقى ، شرح موطأ الإمام مالك ـ أبو الوليد سليمان بن خلف الباجى الأندلسى (٤٩٤ هـ) مطبعة السعادة ١٣٣٢ هـ

المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات الشرعيات لأمهات مسائلها المشكلات ـ أبو الوليد محمد ابن أحمد بن رشد (٥٢٠ هـ) مطبعة السعادة ١٣٢٥ هـ

بداية المجتهد ونهاية المقتصد - أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (٥٩٥) مطبعة الاستقامة ١٩٥٢م

الفروق - أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرافى (٦٨٤هـ) القاهرة ١٣٤٤ هـ.

لباب اللباب - أبو عبدالله محمد بن عبد الله بن راشد (٧٣٦هـ) المطبعة التونسية ١٣٤٦ هـ.

القوانين الفقهية - أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزى (٧٤١هـ) مطبعة النهضة بتونس ١٣٤٤ هـ.

مختصر العلامة خليل - خليل بن إسحق بن موسى (٧٧٦هـ) مطبعة البابى الحلبى ١٣٣٣هـ.

مواهب الجليل لشرح مختصر خليل - محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب (٩٥٤ هـ) مطبعة السعادة ١٣٢٩هـ.

شرح على مختصر خليل - عبدالباقى بن يوسف بن أحمد الزرقانى (١٠٩٩م) طبعة مصطفى محمد.

شرح على مختصر خليل - أبو عبد الله محمد بن عبدالله الخرشى (١١٠١) المطبعة الأميرية ببولاق ١٣١٧ هـ

حاشية على الخرشى - على بن أحمد بن مكرم الصعيدى العدوى ١١٨٩ هـ.

الشرح الكبير على مختصر خليل - أحمد بن محمد بن أحمد العدوى الشهير بالدردير ١٢٠١ طبعة دار إحياء الكتب العربية.

حاشية على الشرح الكبير - محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقى (١٢٣٠) مطبعة مصطفى محمد.

شرح منح الجليل على مختصر خليل ـ محمد عليش ١٢٩٩ المطبعة الكبرى

فتح العلى المالك فى الفتوى على مذهب الإمام مالك ـ محمد عليش ١٢٩٩ مطبعة التقدم العلمية بالقاهرة .

ج ـ المذهب الشافعي :

الأم ـ أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعى (٢٠٤هـ المطبعة الأميرية ببولاق (١٣٢١هـ) .

مختصر المزنى على هامش كتاب الأم ـ أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى بن اسماعيل المزنى ٢٦٤هـ) .

المهذب ـ إبراهيم بن على بن يوسف الشيرازى (٤٧٦ هـ) عيسى البابى الحلبى القاهرة .

الوجيز فى فقه مذهب الإمام الشافعى ـ أبو حامد محمد بن محمد الغزالى ٥٠٥ مطبعة الآداب والمؤيد بالقاهرة ١٣١٧هـ.

فتح العزيز شرح الوجيز ـ أبو القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعى ٦٢٣هـ).

قواعد الأحكام فى مصالح الأنام ـ عز الدين بن عبد السلام (٦٦٠هـ) مطبعة الاستقامة بالقاهرة .

المجموع شرح المهذب ـ أبو زكريا محيى الدين بن شرف النووى ٦٧٦هـ مطبعة التضامن الأخوى .

المنهاج ـ مطبوع على هامش نهاية المحتاج ـ النووى .

الأشباه والنظائر ـ جلال الدين عبدالرحمن بن أبى بكر السيوطى ٩١١هـ مطبعة الحلبى بالقاهرة ١٩٣٨م

تحفة الطلاب مع حاشية الشرقاوى - أبو يحيى زكريا بن محمد بن زكريا الأنصارى ٩٢٥ﻫ مطبعة مصطفى الحلبى ١٣٦٠ ﻫ

حاشية قليوبى وعميرة على شرح جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين للنووى - شهاب الدين أحمد البرلسى الملقب بعميرة ٩٥٧ ﻫ مطبعة عيسى البابى الحلبى ١٣٧٥ ﻫ

تحفة المحتاج شرح على المنهاج - أبو العباس أحمد بن محمد بن حجر الهيتمى ٩٧٤ ﻫ مصطفى محمد ١٣٠٤ ﻫ

مغنى المحتاج إلى شرح المنهاج - شمس الدين محمد بن أحمد الشربينى ٩٧٧ ﻫ طبع مصطفى البابى الحلبى ١٣٧٧ ﻫ

نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج — شمس الدين محمد بن أبى العباس أحمد ابن حمزة بن شهاب الدين الرملى (١٠٠٤ﻫ) — طبعة البابى الحلبى سنة ١٣٥٧ .

حاشية على شرح الجلال المحلى على المنهاج — أحمد بن أحمد بن سلام القليوبى (١٠٦٩ ﻫ) مطبعة البابى الحلبى سنة ١٣٧٥ .

حاشية على نهاية المحتاج — نور الدين أبو الضياء على بن على الشبراملسى (١٠٨٧ ﻫ) مطبعة القاهرة سنة ١١٠٤ ﻫ

حاشية على تحفة الطلاب — عبد الله بن حجازى بن إبراهيم الشرقاوى الأزهرى (١٢٢٧ ﻫ) مطبعة مصطفى الحلبى سنة ١٣٦٠ ﻫ .

(د) المذهب الحنبل :

مختصر الخرقى مع المغنى — أبو القاسم عمر بن الحسين الخرقى (٣٣٤ ﻫ) مطبعة دار المنار سنة ١٣٦٧ ﻫ.

المغنى — أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسى (٦٢ هـ)
طبعة دار المنار سنة ١٣٦٧ هـ

المحرر فى الفقه — الشيخ الإمام مجد الدين أبو البركات (٦٥٢ هـ)
مطبعة السنة المحمدية سنة ١٣٦٩ هـ

الشرح الكبير على متن المقنع — شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن
ابن أبى عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسى (٦٨٢هـ) مطبعة المنار سنة ١٣٤٧

القواعد النورانية الفقهية — شيخ الإسلام أبو العباس تقى الدين أحمد بن
عبدالحليم بن عبدالسلام بن عبدالله بن أبى القاسم الخضر النميرى الحرانى الدمشقى
الحنبلى المعروف بابن تيمية(٧٢٨هـ) مطبعة السنة المحمدية ١٣٧٠ هـ .

نظرية العقد — ابن تيمية — طبعة أنصار السنة المحمدية

مجموعة الفتاوى — ابن تيمية — طبعة الكردى

القياس — ابن تيمية

زاد الميعاد — محمد بن قيم الجوزية(٧٥١)هـ

بدائع الفوائد — ابن القيم

إعلام الموقعين — ابن القيم

الفروع — محمد بن مفلح المقدسى(٧٦٢)هـ القاهرة ١٣٣٩هـ

القواعد — أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب السلامى البغدادى
الدمشقى ٧٩٥ هـ مطبعة الصدق الخيرية بمصر

الإقناع مع كشاف القناع — شرف الدين أبو النجا موسى بن أحمد بن
سالم المقدسى الحجاوى (٩٦٠) هـ

كشاف القناع عن متن الإقناع ـ منصور بن يونس البهوتى ١٠٥١ هـ مطبعة أنصار السنة المحمدية ١٣٦٦ هـ

المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل ـ عبد القادر بن أحمد بن مصطفى بن عبد الرحيم الدومى الدمشقى الملقب با بن بدران ١٣٤٦ هـ .

هـ ـ مذهب الشيعة الإمامية:

المختصر النافع ـ أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن بن يحيى الهزلى الحلى ٦٧٦ هـ ط ٢ وزارة الأوقاف .

اللمعة الدمشقية ـ الإمام أبو عبد الله محمد بن الشيخ جمال الدين مكى النبطى الجزينى المعروف بالشهيد الأول ٧٨٦ هـ مطبعة دار الكتاب العربى .

الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ـ الإمام زين الدين بن الإمام نور الدين على بن أحمد بن محمد بن جمال الدين الجبعى العاملى المعروف بالشهيد الثانى ٩٦٥ هـ

مفتاح الكرامة ـ محمد الجواد بن محمد بن محمد الحسينى الحسنى الموسوى العاملى ١٢٢٦ هـ طبعة القاهرة ١٣٢٣ .

و ـ مذهب الشيعة الزيدية:

مجموع الفقه ـ أبو الحسين زيد بن على بن الحسين بن على بن أبى طالب ١٢٢ هـ طبعة ميلانو ١٩١٩ .

البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ـ أحمد بن يحيى بن المرتضى ابن مفضل بن منصور الحسنى ٨٤٠ هـ القاهرة ١٩٤٨ .

المنتزع المختار من الغيث المدرار ـ عبد الله بن مفتاح ٨٧٧ هـ القاهرة ١٣٣٢ هـ

الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ـ شرف الدين الحسين بن أحمد ابن الحسين اليمنى الصنعانى ١٢٢١ هـ مطبعة السعادة ١٣٤٨ هـ .

ز ـ مذهب الإباضية :

كتاب النيل ـ ضياء الدين عبد العزيز بن إبراهيم الثمينى ١٢٢٣ هـ

شرح النيل وشفاء العليل ـ محمد بن يوسف بن عيسى أطفيش الحفصى العدوى الجزائرى ١٣٣٢ القاهرة ١٣٤٣هـ .

هـ ـ مذهب الظاهرية :

المحلى ـ أبو محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهرى ٤٥٦١هـ) المطبعة المنيرية ١٣٥١هـ

ط ـ المؤلفات الحديثة :

الالتزامات وما يتعلق بها من الأحكام فى الشرع الإسلامى ـ أحمد إبراهيم ١٩٤٥م

الإكراه بين الشريعة والقانون ـ مجلة القانون والاقتصاد ، كلية حقوق جامعة القاهرة العدد الأول السنة الحادية والثلاثون ـ محمد زكريا البرديسى

الميراث والوصية ـ محمد زكريا البَرديسى .

نموذج لكتاب العقد مستمدة أحكامه من الشريعة الإسلامية جماعة من رجال الشريعة الإسلامية والقانون ، دار الطباعة والنشر الإسلامية القاهرة ١٩٤٨ .

تاريخ التشريع الإسلامى ـ محمد الخضرى ١٩٢٧م مطبعة الاستقامة القاهرة ١٣٥٨هـ

أحكام المعاملات الشرعية ـ مطبعة أنصار السنة ـ على الخفيف .

أحكام الوصية ـ على الخفيف

الشركات فى الفقه الإسلامى ـ على الخفيف .

عقد التأمين ـ مصطفى الزرقا ـ بحث منشور فى كتاب أسبوع الفقه الإسلامى ١٩٦٢ م .

الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد ، المدخل الفقهى العام ـ مصطفى الزرقا مطبعة الجامعة السورية ١٩٥٢ م .

ابن تيمية ـ محمد أبو زهرة ـ دار الفكر العربى .

ابن حزم ـ محمد أبو زهرة ـ مطبعة مخيمر ١٣٧٣ هـ .

الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ـ محمد أبو زهرة ـ مطبعة نورى القاهرة ١٣٣٩ هـ .

العرف والعادة فى رأى الفقهاء ـ أحمد فهمى أبو سنة ـ مطبعة الأزهر ١٩٤٩م

مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ـ عبد الرزاق السنهورى .

النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية ـ شفيق شحاتة ـ مطبعة الاعتماد القاهرة ١٩٣٦ م .

تعليل الأحكام ـ مصطفى شلبى ـ مطبعة الأزهر القاهرة ١٩٤٩ م.

المقارنات والمقابلات ـ محمد حافظ صبرى ـ مطبعة هندية القاهرة ١٩٠٢م .

الميراث فى الشريعة الإسلامية ـ الصديق محمد الأمين الضرير ـ المطبعة الكمالية ط١ ١٩٦٤م .

حكم عقد التأمين فى الشريعة الإسلامية ـ بحث منشور فى كتاب أسبوع الفقه الإسلامى ١٩٦٢ م ـ الصديق الضرير

الميسر والأزلام ـ عبد السلام محمد هارون ـ دار الفكر العربى ١٩٥٣ م .

الغرر فى محل الالتزام التعاقدى ـ عبد الله محمد بن جبير ـ مطبوع على الآلة الكاتبة فى معهد الدراسات العربية القاهرة

الأجل فى الالتزام ـ عبد الناصر العطار ـ رسالة دكتواره ١٩٦٥ م .

تاريخ التشريع الإسلامى ومصادره ـ محمد سلام مدكور

المدخل للفقه الإسلامى ـ محمد سلام مدكور ـ دار النهضة العربية ١٣٨٠هـ ١٩٦٠م

الوصايا فى الفقه الإسلامى ـ محمد سلام مدكور

مرشد الحيران ـ محمد قدرى باشا القاهرة ١٩٠٩ م

تفسير النصوص فى الفقه الإسلامى ـ محمد أديب صالح ـ رسالة دكتوراه مطبعة جامعة دمشق ١٩٦٤م

مبدأ سلطان الإرادة فى الفقه الإسلامى ـ محمد زكى عبد البر ـ بحث مستخرج من مجلة إدارة قضايا الحكومة العدد الثانى السنة الثامنة .

الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى ـ محمد يوسف موسى ـ ١٣٧٣هـ.

البيوع والمعاملات المالية المعاصرة ـ محمد يوسف موسى دار الكتاب العربى ١٣٧٣هـ النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية ـ صبحى محمصانى مطبعة الكشاف بيروت ١٩٤٨م.

٤ ـ أصول الفقه

الرسالة — الشافعى ٢٠٤ هـ ـ تحقيق أحمد شاكر — طبعة مصطفى البابى الحلبى ١٣٥٨هـ

الإحكام فى أصول الأحكام — ابن حزم ٤٥٦ هـ مطبعة الإمام القاهرة

المستصفى فى الأصول ـ أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالى الطوسى ٥٠٥ هـ ـ طبع القاهرة ١٣٢٢ هـ

الإحكام فى أصول الأحكام — أبو الحسن سيف الدين على بن محمد الآمدى ٦٣١ هـ ـ مطبعة دار المعارف القاهرة ١٣٣٢

مختصر ابن الحاجب — عثمان بن عمر بن أبى بكر بن الحاجب ٦٤٦

التوضيح شرح متن التنقيح ـ عبيد الله بن مسعود بن محمود بن أحمد صدر الشريعة ٧٤٧ هـ ـ طبع القاهرة.

شرح على مختصر ابن الحاجب ـ عضد الدين الأيجى عبد الرحمن بن أحمد بن عبد الغفار ٧٥٦ هـ

نهاية السول شرح منهاج الوصول ـ عبدالرحيم بن الحسن بن على الإسنوى ٧٧٢ هـ ـ المطبعة السلفية ١٣٤٥ هـ

الموافقات ـ إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمى الغرناطى الشاطبى ٧٩٠هـ المطبعة الرحمانية بالقاهرة .

التلويح حاشية على التوضيح ـ سعد الدين مسعود بن عمر بن عبد الله التفتازانى ٧٩٢ هـ

إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ـ محمد بن على بن محمد بن عبدالله الشوكانى ١٢٥٠هـ ـ مطبعة السعادة بالقاهرة ١٣٢٧هـم

أصول الفقه ـ محمد الخضرى ١٣٤٥ هـ ـ ١٩٢٧ م مطبعة الجمالية القاهرة ط (١) ١٣٢٩ هـ

علم أصول الفقه ـ عبد الوهاب خلاف ١٣٧٥هـ ـ ١٩٥٥ م

مصادر التشريع الإسلامى فيما لا نص فيه ـ عبد الوهاب خلاف .

مباحث الحكم عند الأصوليين ـ محمد سلام مدكور ـ دار النهضة العربية ١٣٧٩هـ ـ ١٩٥٩م

نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ـ محمد سلام مدكور ـ المطبعة العالمية ١٣٨٣ هـ ـ ١٩٦٣ م

أصول الفقه ـ محمد زكريا البرديسى ـ

٥ ـ القانون

(ا) باللغة العربية :

نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى ـ أحمد حشمت أبو ستيت ـ طبع ١٩٥٤ م

النظرية العامة للالتزام ـ أنور سلطان ـ طبعة دار المعارف ١٩٦٢ م

عقد البيع ـ عبد المنعم البدراوى ـ القاهرة ١٩٥٨ م

الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام أو الآداب ـ عبد الله جليل ـ المطبعة العالمية القاهرة ١٩٥٨ م

شرح العقود المدنية ـ البيع والمقايضة والإيجار ـ جميل الشرقاوى ـ دار النهضة العربية ١٩٦٤ م

محاضرات فى القانون المدنى العراقى ـ حسن ذنون .

عقد البيع فى التقنين المدنى الجديد ـ سليمان مرقص ـ مطبعة نهضة مصر ١٩٥٥ م

شرح المجلة ـ سليم بن رستم باز ـ بيروت ١٨٧٨ م

الوسيط ـ عبد الرازق السنهورى ١٩٣٤ م

نظرية العقد ـ عبد الرزاق السنهورى . طبع ١٩٣٤ م .

الموجز فى النظرية العامة للالتزامات ـ عبد الرزاق السنهورى . طبع ١٩٣٨ م.

أحكام القانون المدنى الجديد ـ التأمينات الشخصية والعينية ـ عبد الفتاح عبد الباقى .

نظرية الالتزامات فى القانون الرومانى ـ شفيق شحاتة . مطبعة مصطفى البابى الحلبى ١٩٦٣ م

نظرية العقد فى قوانين البلاد العربية ـ عبد المنعم فرج الصده . القاهرة ١٩٤٥ م

مصادر الالتزام ـ الصده . مطبعة الحلبى القاهرة .

محاضرات فى القانون المدنى ـ الصده .

أبحاث فى عقد البيع فى القانون الرومانى ـ مطبوعة على الآلة الكاتبة محاضرات لدبلوم القانون الخاص بجامعة القاهرة . صوفى حسن أبو طالب .

تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ـ صوفى حسن أبو طالب . طبعة القاهرة ١٩٥٤ م

فى الالتزامات ـ عبد السلام ذهنى ١٩٢٤م

العقود المسماة ـ الجزء السادس عقد البيع والمقايضة ، محمد كامل مرسى . المطبعة العالمية بالقاهرة ١٩٥٣ م

شرح القانون المدنى الجديد ـ محمد كامل مرسى .

مجموعة الأعمال التحضيرية :

قانون القروض المحلية لحكومة السودان، السندات المسجلة ١ ٩/١٩٦٤م أمر رقم (٧)

ب ـ باللغة الإنجليزية :

Chalmers Sale of Goods - 12the edition.

G.H. Treitel : The Law of Contract.

Halsbury's Laws of England - 2nd edition

P. S. Atiya : The Sale of Goods.

The Sale of goods Act 1893.

Sudan Law Reports (Civil)

٦ – كتب التراجم واللغة

الصحاح : إسماعيل بن حماد الجوهرى ٣٩٣ هـ

أساس البلاغة : محمود بن عمر الزمخشرى ٥٣٨ هـ

لسان العرب : محمد بن مكرم جمال الدين بن منظور ٧١١ هـ

المصباح المنير : أحمد بن محمد الفيومى ٧٧٠ هـ

الديباج المذهب فى معرفة أعيان علماء المذهب : إبراهيم بن على بن فرحون ٧٩٩ هـ

التعريفات : على بن محمد الحسينى الجرجانى ٨١٦ هـ

القاموس المحيط : محمد بن يعقوب مجد الدين الفيروز آبادى ٨١٧ هـ

الإصابة فى تمييز الصحابة : ابن حجر العسقلانى ٨٥٢ هـ

كشف الظنون عن أسامى الكتب والفنون – مصطفى بن عبد الله الشهير بحاجى خليفة ١٠٦٧ هـ

كشاف اصطلاحات الفنون – محمد على التهانوى ١١٥٨ هـ

الفوائد البهية فى تراجم الحنفية – محمد عبد الحى اللكنوى الهندى ١٣٠٤ هـ

الأعلام – خير الدين الزركلى .

معجم المؤلفين – عمر رضا كحالة .

الأعلام الواردة فى الكتاب

(ش)

(ص)

(ط)

(ع)

فهرس

المقدمة :

تمهيد

المبحث الأول

المبحث الثانى

المبحث الثالث

القسم الأول

التعريف بالغرر والنصوص الواردة فيه

الباب الأول

التعريف بالغرر

الفصل الأول

تعريف الغرر فى الفقة الاسلامى وبيان الفرق بينه وبين ما يشتبه به من الـكلمات .

المبحث الأول

تعريف الغرر ٢٧ — ٣٥

فى اللغة (٢٧) فى اصطلاح الفقهاء : الحنفيـة (٢٨) المـالـكية (٢٩) الشافعية (٣٠) الظاهريه (٣١) الشيعة الزيدية (٣١) ابن تيمية (٣١) ابن القيم (٣٢) التعريف المختار (٣٣) .

المبحث الثانى

بيان الفرق بين الغرر وما يشتبه به من الـكلمات ٣٥— ٤١

الغرر والغرور (٣٥) الغرر والجهالة (٣٧)الغرر والقمار (٤٠)
ابن تيمية وابن القيم يجعلان الغرر من القمار (٤١) .

الفصل الثانى

الغرر فى عرف الجاهلية وفى القانون الوضعى

المبحث الأول

الغرر فى عرف الجاهلية وأثر الإسلام فيه

المبحث الثانى

الغرر فى القانون الوضعى

الباب الثانى

النصوص الواردة فى الغرر

الفصل الأول

القرآن (٥٣ — ٥٧)

الفصل الثانى

السنة ٥٨ — ٦٧

القسم الثانى

اثر الغرر فى العقود والشروط

تمهيد (٧١-٧٧)

الباب الاول

اثر الغرر فى عقد البيع

الفصل الاول

الغرر فى صيغة العقد

المبحث الاول

بيعتان فى بيعة وصفقتان فى صفقة (٧٩ — ٩٩)

المبحث الثانى

بيع العربان ١٠٠ — ١١١

المبحث الثالث

بيع الحصاة (١١٢—١١٧)

المبحث الرابع

بيع الملامسة (١١٨—١٢٨)

المبحث الخامس

بيع المنابذة (١٢٩ — ١٣٦)

المبحث السادس

العقد المعلق والعقد المضاف (١٣٧ — ١٥٥)

الفصل الثانى

الغرر فى محل العقد (١٥٦ — ٤٤٣)

تمهيد ١٥٦ :

المبحث الأول

الجهل بذات المحل (١٥٨ — ١٦٦)

مذهب الحنفية (١٥٨) بيع شاة من قطيع وثوب من عدل (١٥٨) خيار التعيين (١٥٩) بيع رطل من لحم (١٦٠) بيع عدد من جملة معدودات متفاوتة (١٦١) المالكية (١٦١) بيع الاختيار (١٦١) الشافعية لا يجوزون البيع على خيار التعيين (١٦٢) الحنابلة (١٦٣) الشيعة الزيدية (١٦٣) الظاهرية لا يجوزون بيع شىء غير معين من جملة أشياء (١٦٤) تلخيص آراء الفقهاء فى خيار التعيين (١٦٥) خيار التعيين فى القانون (١٦٥) مقارنة بين الفقه والقانون (١٦٥) .

المبحث الثانى

الجهل بجنس المحل (١٦٧ — ١٦٨)

رأى المالكية فى جواز بيع مجهول الجنس مع اشتراط خيار الرؤية (١٦٧) رأى الحنفية فى بيع المرء ما فى كمه (١٦٨) .

المبحث الثالث

الجهل نوع المحل (١٦٩ — ١٧١)

ليس فى كتب الحنفية كلام صريح عن النوع (١٦٩) يصرح بعض فقهاء المالكية باشتراط ذكر نوع المحل (١٧٠) . الشافعية ينصون على اشتراط ذكر نوع المبيع والثمن (١٧٠) القانون يشترط ذكر نوع المبيع (١٧١) .

المبحث الرابع

الجهل بصفة المحل (١٧٢—٢٠٣)

الحنفية (١٧٢) المحل المشار إليه لا يحتاج إلى وصف (١٧٢) المحل غير المشار إليه مختلف فى اشتراط العلم بوصفه (١٧٢) الذين يشترطون ذكر وصف المبيع (١٧٢) الذين لا يشترطون ذكر وصف المبيع (١٧٤) العلم بصفة الثمن شرط لصحة البيع (١٧٥) المالكية (١٧٦) العلم بصفة المبيع والثمن شرط لصحة البيع (١٧٦) الشافعية (١٧٧) العلم بصفة الثمن شرط لصحة البيع وفى العلم بصفة المبيع ثلاثة أوجه (١٧٧) الحنابلة (١٧٨) ذكر صفة المبيع والثمن شرط لصحة البيع (١٧٩) الظاهرية (١٧٩) الشيعة الزيدية (١٨٠) القانون (١٨٠) .

بعض البيوع الممنوعة للجهل بصفة المحل :

بيع الحمل (١٨١) حكم بيع الحمل (١٨٢) بيع المضامين (١٨٣) معنى المضامين (١٨٣) بيع الملاقيح ، معنى الملاقيح (١٨٣) حكم بيع المضامين والملاقيح (١٨٤) علة المنع (١٨٤) بيع المجر (١٨٥) معنى المجر (١٨٥) بيع عسب الفحل (١٨٦) معنى عسب الفحل (١٨٧) حكم بيع عسب الفحل (١٨٨) الفرق بين الملاقيح والمجر وعسب الفحل (١٨٩) .

بيع ما يكمن فى الأرض (١٨٩—١٩٥) رأى الحنفية (١٨٩) رأى المالكية (١٩٠) رأى الشافعية (١٩٠) رأى الحنابلة (١٩١) رأى ابن تيمية (١٩٢) رأى الظاهرية (١٩٤) رأى الشيعة الزيدية (١٩٤) الرأى الراجح عندى (١٩٥) .

بيع ما يختفى فى قشره (١٩٥—٢٠٣) حديث النهى عن بيع السنبل حتى يبيض (١٩٦) مذهب الحنفية (١٩٦) مذهب المالكية (١٩٧) مذهب الشافعية (١٩٨) بيع الباقلا فى قشره (١٩٨) بيع الطلع والجوز فى قشره (١٩٩) بيع الحنطة فى

المبحث السابع

عدم القدرة على تسليم المحل ٢٩٨ — ٣٥٢

القدرة على التسليم شرط لصحة البيع عند الجمهور (٢٩٨) الظاهرية لا يشترطون القدرة على التسليم (٢٩٨) .

بعض البيوع التى فيها غرر ناشىء عن عدم القدرة على التسليم :

بيع الآبق (٢٩٩) النصوص (٢٩٩) آراء الفقهاء فى بيع الآبق (٢٩٩) . المانعون لبيع الآبق (٢٩٩) الحنفية (٣٠٠) الآبق مجهول المكان للعاقدين (٣٠٠) الآبق معلوم المكان للمشترى (٣٠١) الآبق المقدور على تسلمه فى زعم المشترى (٣٠١) المالكية (٣٠٢) لا يصح بيع الآبق الذى لم تعلم صفته وموضعه (٣٠٢) الشافعية : يصح بيع الآبق لمن قدر على رده (٣٠٣) الحنابلة : يصح بيع الآبق لمن هو فى يده (٣٠٣) الشيعة : لا يجوز بيع الآبق عند الزيدية إلا لمن أبق إليه (٣٠٣) بيع الآبق مع الضميمة صحيح عند الإمامية (٣٠٤) المجوزون لبيع الآبق من الصحابة والتابعين وفقهاء الأمصار (٣٠٤) بيع الآبق جائز عند أهل الظاهر (٣٠٥) .

بيع السمك فى الماء (٣٠٦) بيع السمك فى الماء قبل أن يصطاد ممنوع باتفاق (٣٠٦) بيع السمك فى الماء بعد أن يملك مختلف فيه (٣٠٦) تجويز عمر ابن عبد العزيز بيع صيد الآجام (٣٠٧) رأى أئمة المذاهب (٣٠٧) .

بيع الطير فى الهواء (٣٠٨) بيع الحمام فى البرج (٣١٠) .

بيع الدين : النصوص (٣١٠) · حديث النهى عن بيع الكالىء بالكالىء ضعيف (٣١١) آراء الفقهاء فى بيع الدين بالدين (٣١١) صور بيع الدين بالدين (٣١١) بيع الدين بالنسيئة ممنوع سواء كان لمن عليه الدين أو لغير من عليه

المبحث الثامن

التعاقد على المعدوم ٣٥٣ — ٣٩٣

المبحث التاسع

عدم رؤية المحل (٣٩٤—٤٤٣)

البحث الرابع

الشركة ٥٠٥ — ٥٢٠

الفصل الثانى

أثر الغرر فى عقود التبرعات ٥٢١ — ٥٤٢

لا يؤثر الغرر فى عقود التبرعات عند المالكية (٥٢١) ابن تيمية يوافق المالكية (٥٢٢) ليست فى المذاهب الأخرى قاعدة عامة (٥٢٢)

الهبة (٥٢٣) لا تأثير للغرر فى صحة الهبة عند المالكية (٥٢٣) مذهب الإباضية قريب من المالكية (٥٢٤) يؤثر الغرر فى الهبة كما يؤثر فى البيع عند الشافعية (٥٢٤) استثناءات (٥٢٥) مذهب الزيدية كمذهب الشافعية (٥٢٦) مذهب الظاهرية — منعهم هبة المجهول والمعدوم (٥٢٦) مذهب الحنفية — تأثير الغرر عندهم على الهبة أخف من تأثيره على البيع (٥٢٧) اختلافهم فى صحة تعليق الهبة (٥٢٨) اختلافهم فى اشتراط القدرة على تسليم الموهوب (٥٢٩) الحنابلة — يؤثر الغرر عندهم على الهبة بدرجة أخف من البيع (٥٣٠) صحة هبة المجهول المتعذر علمه (٥٣١) جهل الموهوب له وحده للموهوب لا يمنع صحة الهبة (٥٣١) القانون : بطلان هبة الأموال المستقبلة (٥٣٢) النتيجة (٥٣٤) .

الوصية (٥٣٤) يغتفر فى الوصية مالا يغتفر فى البيع عند جميع الفقهاء (٥٣٥) الحنفية — صحة الوصية بما تثمره نخيله وبالحمل وابن البهيمة وصوفها (٥٣٥) عدم صحة الوصية بما تلده غنمه (٥٣٥) صحة الوصية بالمجهول (٦٣٦) المالكية: صحة الوصية بالمعدوم والمجهول (٥٣٦) الشافعية : تجوز الوصية بالمجهول والمعدوم على الأصح (٥٣٧) الحنابلة : الوصية بالمجهول والمعدوم ومالا يقدر على تسليمه صحيحة (٥٣٧) الزيدية — الوصية بالمجهول وبالعبد الآبق صحيحة (٥٣٨) الإباضية : قول بعدم صحة الوصية بالمجهول (٥٣٨) لا تصح الوصية بالآبق والمغصوب والمسروق (٥٣٩) اختلافهم فى الوصية بثمار البستان عشر سنين (٥٣٩)

الأمامية — الوصية بالمجهول صحيحة (٥٣٩) الظاهرية — لاتجوز الوصية بالمعدوم والمجهول (٥٤٠) النتيجة (٥٤٠)

الفصل الثالث

أثر الغرر فى العقود الأخرى ٥٤٣ — ٥٦٥

تمهيد ٥٤٣ :

١ — الزواج : الحنفية ـ جهالة نوع المهر تفسد التسمية ولا تفسد العقد (٥٤٣) جهالة الوصف لا تفسد التسمية (٥٤٤) تأجيل المهر (٥٤٤) المالكية — يجوز فى الزواج من الغرر مالا يجوز فى البيع (٥٤٥) جهالة الوصف لا تفسد التسمية (٥٤٥) تأجيل المهر (٥٤٦) الشافعية — يؤثر الغرر فى المهر كما يؤثر فى المبيع (٥٤٦) الحنابلة : كل غرر يؤثر على الثمن يؤثر على المهر (٥٤٧) رأى ابن تيمية (٥٤٨) الزيدية — يغتفر فى الزواج من الغرر ما لا يغتفر فى البيع (٥٤٨) الإمامية — يشترط تعيين المهر بالوصف أو الإشارة (٥٤٩) الإباضية — لا تؤثر الجهالة فى الصداق (٥٤٩) يصح تأجل المهر إلى أجل مجهول (٥٤٩) الظاهرية — كل ما جاز تملكه بالهبة أو الميراث جاز أن يكون مهرا (٥٥٠) النتيجة (٥٥٠) .

٢ — الرهن : تعريفه (٥٥١) ما لا يصح بيعه لا يصح رهنه عند أكثر الفقهاء (٥٥١) المالكية يجوزون فى الرهن من الغرر ما لا يجوزونه فى البيع (٥٥٣) القانون — رهن الأموال المستقبلة باطل (٥٥٣) النتيجة (٥٥٤) .

٣ — الكفالة : تعريفها (٥٥٤) الكفالة بالمال المجهول جائزة عند أكثر الفقهاء (٥٥٤) لا يصح ضمان المجهول عند الشافعى فى الجديد (٥٥٥) الظاهرية : لا يصح ضمان المجهول ولا ضمان مالم يجب (٥٥٦) جهالة المكفول والمكفول له (٥٦٥) النتيجة (٥٥٧) .

الباب الثالث

أثر الغرر في الشروط ٥٦٧ — ٥٧٩

الفصل الأول

الشرط الذى فى وجوده غرر (٥٦٩) — (٥٧٣)

الفصل الثانى

الشرط الذى يحدث غررا فى صيغة العقد أو محله ٥٧٤ — ٥٧٦

الفصل الثالث

الشرط الذى يزيد من الغرر الذى فى العقد ٥٧٧ — ٥٧٩

الفصل الرابع

الشرط الرابع

ألا تدعو للعقد حاجة (٥٩٩ — ٦١٢)

القسم الرابع

عقود الغرر فى التقنين المصرى وحكمها فى الشريعة الإسلامية (٦١٣ — ٦٦٣)

الباب الأول

المقامرة والرهان (٦١٥ — ٦٢٨)

الفصل الأول

المقامرة والرهان فى القانون (٦١٥ — ٦٢٠)

الفصل الثانى

المقامرة والرهان فى الفقه الإسلامى (٦٢١ - ٦٢٨)

الفصل الثانى

حكم عقد التأمين فى الشريعة الإسلامية (٦٤٦ — ٦٦٣)

ابحاث وكتب للمؤلف

١ – عمل أهل المدينة .

٢ – حكم عقد التأمين فى الشريعة الإسلامية

٣ – الميراث فى الشريعة الإسلامية

٤ - نظام الاحوال الشخصية المطبق في المحاكم الشرعية بالسودان